Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Mecklenburgischen Landes-Universität
zu Rostock

vorgelegt von

Ulrich Klüsmann
Referendar in Lübeck

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1929

Referent: Professor Dr. Henle

R. UNIV.
BIBLIOTHEK

Meinen Eltern!

Inhalt.

Seite

A. Entstehungsgeschichte der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 1. Die Geschichte bis zu den Entwürfen zum BGB. 1
§ 2. Die Aufnahme in das BGB. 5

B. Die Voraussetzungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 3. Die materiellen Voraussetzungen 7
§ 4. Die prozessualen Voraussetzungen 10

C. Wesen und Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 5. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt keine Auflösung der Ehe 16
§ 6. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Vergleich mit der separatio perpetua 26
§ 7. Die Wirkungen nach § 1586 im allgemeinen 28
§ 8. Die eintretenden Scheidungswirkungen 30
§ 9. Ausnahmen von den Scheidungswirkungen:
I. Die durch das Bestehenbleiben der Ehe bedingten Ausnahmen 34
II. Die ausdrücklich im Gesetz angeführten Ausnahmen . . . 37
§ 10. Die Scheidungsmöglichkeit nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 40

D. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 11. Das Wesen der Wiederherstellung 45
§ 12. Die Wirkungen der Wiederherstellung 47

E. § 13. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in der Praxis . . 48

Literatur.

Behr, Zwei Streitfragen aus dem materiellen und prozessualen Eherecht. Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 25.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts Bes. Teil II, 2. Leipzig 1905.

Blankmeister, „Wie hat das Urteil zu lauten, wenn die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, die Widerklage aber auf Scheidung der Ehe gerichtet ist?" Das Recht 1920 S. 120.

Conrad, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Greifswalder Diss. 1919.

Cosack und Mitteis, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II 7. und 8. Auflage. Jena 1924.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. IV.

Davidson, Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB. Berlin 1900.

— Über das Verfahren bei Scheidung einer Ehe nach vorhergegangener Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Ztschr. f. dtsch. Zivilprozeß Bd. 26.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. VI. Halle 1903.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. II. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 2. Berlin 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 2, 4. Bearbeitung. Marburg 1923.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß im Deutschen Reich. Berlin 1900.

Fahrner, Geschichte der Ehescheidung im kanonischen Recht. Freiburg 1903.

Fidler, Reichspersonenstandsgesetz. Berlin 1912.

Fraenkel, Das Familienrecht des BGB. Hannover 1898.

Franke, Die gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach deutschem Reichsrecht. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 98.

Freisen, Geschichte des kanonischen Eherechts. Tübingen 1888.

Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts 5. Auflage. Leipzig 1903.

Fritze, Kritik über Davidsons „Recht der Ehescheidung". In Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswiss. Bd. 7.

Haasen, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach kirchlichem und staatlichem Recht. Greifswalder Diss. 1920.

Hamm, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Ehebruch. In DJZ. 1907 Nr. 110.

Hedemann, Eheliche Treue. In DJZ. 1907 Nr. 13.

Henle, Nicht-Ehe. Stuttgart 1915.

Hirschwald, Gibt es einen Ehebruch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft? Leipziger Diss. 1909.

Hochschild, Die Kosten des Scheidungsverfahrens nach vorangegangener Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. JW. 1909 S. 384 ff.
v. Hodenberg, Ehebruch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft? Jenaer Diss. 1903.
Hollweck, Das Zivilrecht des BGB. Mainz 1900.
Holdack, Die kanonisch-rechtlichen Einflüsse im BGB. Leipziger Diss. 1913.
Hubrich, Das Recht der Ehescheidung in Deutschland. Berlin 1891.
Isensee, Das Recht der Wiederverheiratung eines durch ausländisches Urteil beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten. Arch. f. bürg. R. Bd. 12.
Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft. Halle 1912.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 3 Teil 1. Berlin 1915.
Krause, Die Rechtswirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Diss.
Kühne, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Leipz. Diss. 1910.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. Bd. III. Berlin 1901.
Kuttner, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.
Lehmann, Familienrecht des Bürgerl. Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht. Berlin u. Leipzig 1926.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. und des Preuß. Allg. Landrechts. Bd. II. Berlin 1903.
Lingenberg, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Leipziger Diss. 1906.
Mathias, Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung. Das Recht 1903 Nr. 1.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.
Mayer, K. L., Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach den §§ 1575, 1576, 1586, 1587 BGB. für das Deutsche Reich. Berliner Diss. 1902.
Mayer, H., Lehrbuch des Familien- und Erbrechts Bd. 1. Stuttgart 1900.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 4. Berlin 1896.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. 4. Berlin 1899.
Neumann, Handausgabe des BGB. Bd. II. Berlin 1912.
Nöhtling, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Rostocker Diss. 1904.
Olshausen, I., Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. I, 11. Auflage. Berlin 1927.
Olshausen, Th., Über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Arch. f. bürg. R. Bd. 23.
Opet u. v. Blume, Das Familienrecht des BGB. I. u. II. Abschn. Berlin 1906.
Patek, Die Wirkungen der Ehescheidungen und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Rostocker Diss. 1902.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. 4. Berlin 1901.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 4. Berlin 1897.
Rauch, Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Berliner Diss. 1908.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (zit. RGZ.).
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. 4. Berlin u. Leipzig 1928.

Reichstagskommissionsberichte in: Mugdan, Die gesamten Mat. zum BGB. (zit. RTK.)
Rosenberg, Ehescheidung und Eheanfechtung nach deutschem und ausländischem Recht. Berlin 1926.
Saniter, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Leipziger Diss. 1908.
Sauer, Das deutsche Eheschließungsrecht und Ehescheidungsrecht. Berlin 1909.
v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts. Leipzig 1898.
Schmidt, Familienrecht I, im Kommentar z. BGB. von Hölder usw. München 1907.
Seckel, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Berlin 1900.
Sohm, Institutionen, 17. Auflage 1923.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 4 1. Teil 9. Auflage 1926.
Stein-Jonas, Die ZPO. für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.
Stemmermann, Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Leipziger Diss. 1906.
Süßheim, Das Namensrecht von Frau und Kind im BGB. Gruchots Beitr. Bd. 43.
Töpfer, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Leipziger Diss. 1903.
Toop, Ehescheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Jenaer Diss. 1908.
Warneyer, Kommentar zum BGB. Bd. II. Tübingen 1927.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts Bd. II. Düsseldorf 1904.
Zweig, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Greifswalder Diss. 1919.

A. Entstehungsgeschichte der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 1.

Die Geschichte bis zu den Entwürfen zum BGB.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch kennt zwei Arten der Ehetrennung: die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, das in den §§ 1575, 1576, 1586 und 1587 des BGB. seine Regelung gefunden hat, verdankt sein Dasein einem Kompromiß zwischen der weltlich-protestantischen Auffassung von der Scheidungszulässigkeit einerseits und der katholischen Ansicht von der Unauflösbarkeit der Ehe andererseits.

Die Wurzeln dieses eigenartigen Kompromißgebildes liegen unverkennbar in der kanonisch-rechtlichen separatio quoad mensam et torum. Daher erscheint es zum Verständnis des Wesens der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erforderlich, die kirchliche Entwicklung der Ehetrennung in ihren Grundzügen zu betrachten. Da aber die Kirche auch vorchristliche Elemente in ihr Eherecht aufgenommen hat[1]), und die Lehre von der Unauflösbarkeit der Ehe zum Teil mit den vorchristlichen Zuständen in Zusammenhang steht, muß auch die weiter zurückliegende Geschichte der Ehetrennung erwähnt werden.

Bei allen Völkerschaften ist es eine der ersten Kulturerscheinungen gewesen, daß die Fortpflanzung des Menschengeschlechts nicht mehr einfach durch vorübergehende Vereinigung von Mann und Weib geschah, sondern man schuf hierfür eine feste Form: die Ehe. Diese sah nach Ort und Zeit allerdings recht verschieden aus, aber überall und immer wurde anerkannt, daß die Ehe ihrem Wesen nach eine Lebensgemeinschaft ist, also nicht nur auf Zeit oder Widerruf eingegangen wird. Aber von einer absoluten Unauflösbarkeit der Ehe wußten die vor- und außerchristlichen Völker nichts. Diese Idee ist erst durch das Christentum in die Welt getragen.

---

[1]) Siehe Freisen a. a. O. S. 22 ff.

So war im römischen Recht keine Ehe, nach welcher der verschiedenen Formen sie auch geschlossen sein mochte, gänzlich unlöslich[2]). Zur Zeit der Manusehe gab es allerdings noch mehr oder minder Schwierigkeiten, mit welchen die Auflösung der Ehe verbunden war. Dem Mann stand bei der manus usu und coëmptio-Ehe das Recht der Eheauflösung nur in bestimmten Fällen zu, z. B. bei Ehebruch und Trunksucht der Gattin. Die Frau konnte, da sie in der Manusehe vollständig in der Gewalt des Mannes stand, die Ehe überhaupt nicht lösen[3]). Doch auch eine willkürliche Scheidung des Mannes war wirksam, nur mußte er diese mit empfindlichen Strafen büßen. Die selten vorkommende in der Form der confarreatio geschlossene Ehe bedurfte der feierlichen Lösung durch diffarreatio. Die als Begleiterscheinung des beginnenden Sittenverfalls entstehende manusfreie Ehe war willkürlich lösbar. Es war wegen des Fortfalls der manus sogar beiden Ehegatten möglich, schon bei bloßer Übereinkunft (divortium) oder auch einseitig (repudium) die Ehe aufzulösen[4]).

Ähnlich waren die Zustände bei den Juden kurz vor Christus. Der Mann konnte, wenn ihm die Frau nur irgendwie Anlaß zum Ärger gab, durch Übergabe eines Scheidebriefs an die Gatttin die Ehe scheiden. Auch dieses Recht stand aber nur dem Mann zu[5]).

Auch bei den Griechen sah es nicht viel anders aus. Auch hier war die Ehe recht leicht lösbar. Nur konnte dort, durch die freie Stellung der dortigen Frauen hervorgerufen, die Scheidung schon immer sowohl auf Grund gegenseitigen Übereinkommens, wie auch durch einseitigen Antrag eines der Ehegatten herbeigeführt werden[6]).

Bei all diesen vorchristlichen Völkern galt also mehr oder minder willkürlich das Prinzip der Selbstscheidung. Scheidung in Form eines Prozesses war unbekannt. Es wurde die Ehe eben nur als ein Institut der Sittlichkeit angesehen. Rechtliche und religiöse Momente traten dabei gar nicht oder doch nur sehr wenig in Erscheinung[7]).

In diesem Zustand fand Christus die Welt vor. Er suchte dem Sittenverfall seiner Umgebung durch religiöse Erneuerung Einhalt zu bieten. Da die Sittenlosigkeit aber gerade auf dem Gebiete der Ehe sehr groß war, muß man es wohl als einer Notwendigkeit der Zeit entsprechend ansehen, daß Christus der Ehe ein religiöses Gepräge gab

---

[2]) Siehe Friedberg a. a. O. S. 471; Sohm a. a. O. S. 524.
[3]) Siehe Fahrner a. a. O. S. 2.
[4]) Siehe Fahrner a. a. O. S. 3 ff.
[5]) Moses V, 24, 1—4; Fahrner a. a. O. S. 9; siehe Scherer II S. 542.
[6]) Siehe Fahrner S. 7.
[7]) Siehe Dernburg S. 74.

und sie als eine von Gott gewollte Einrichtung hinstellte, und, da etwas Göttliches nicht durch Menschenhand zerstört werden dürfe, damit die Unauflösbarkeit der Ehe proklamierte. Die Bibelstelle Markus '10, 9 „Was Gott zusammengefügt, das soll der Mensch nicht scheiden" gibt diesen Gedanken wohl am klarsten wieder. Aber Christi Aussprüche lassen trotzdem verschiedene Auslegungen seiner Auffassung zu, gibt Christus doch die Scheidungsmöglichkeit bei Ehebruch ausdrücklich zu[8]). Eine große Unklarheit ergibt sich vor allen Dingen daraus, daß auch im Falle dieser erlaubten Scheidung von einer Erlaubnis der Wiederverheiratung nicht gesprochen wird. Diese Unklarheit hat in der christlichen Kirche von Anfang an viele Meinungsverschiedenheiten und viel Streit heraufbeschworen[9]). Die Urteile der ältesten Kirchenväter sind noch recht schwankend[10]). Bald wird die Wiederverheiratung dem schuldigen Teil verboten, dem unschuldigen aber gestattet; bald wird dem unschuldigen nur widerraten, bald wird beiden Gatten das Eingehen einer neuen Ehe verboten[11]). Die letzte strenge Ansicht vertrat von Anfang an der Bischof von Rom, indem er erklärte, durch die Aussprüche Christi wäre die Ehe zum Sakrament geworden[12]). Diese Ansicht konnte sich aber ursprünglich in der Praxis keineswegs durchsetzen, vor allem die germanischen Völker, denen die Unauflösbarkeit der Ehe ebenfalls immer ein fremder Begriff gewesen war, kümmerten sich wenig darum[13]). Wenig weiter kam auch die Kirche nur, als infolge des päpstlichen Einflusses am fränkischen Königshofe Karl der Große ein Reichsgesetz erließ[14]), nach dem die Scheidung nur bei Ehebruch, eine Wiederverheiratung aber in keinem Falle gestattet wurde; denn das Prinzip der Selbstscheidung blieb bestehen, und deshalb war auch jenes Gesetz schlecht durchzuführen[15]).

Anders wurde es erst, als die Kirche allmählich die Ehegerichtsbarkeit für sich gewann. Damit war ihr ein Mittel in die Hand gegeben, ihre strenge Lehre wirklich durchzusetzen, was ihr dann auch fast ausnahmslos gelang. Ein zunächst noch herrschender Streit über die Natur der geschlechtlich noch nicht vollzogenen Ehe entschied sich allmählich dahin, daß man zwar auch diese Ehe als Sakrament ansah, ihr aber die Lösbarkeit in zwei Fällen zusprach, nämlich wenn

---

[8]) Markus 10, 11; Paulus I. Kor. 7, 15.
[9]) Scherer S. 543 und Fahrner S. 16.
[10]) Fahrner S. 16.
[11]) Scherer S. 543.
[12]) Scherer S. 545.
[13]) Friedberg S. 472; Fahrner S. 48 ff.
[14]) Fahrner S. 82.
[15]) Fahrner S. 82.

ein Ehegatte das Gelübde der Keuschheit ablegte, oder wenn der Papst dispensierte[16]).

Als damit die Lehre vom Sakrament der Ehe im Prinzip gesichert schien, mußte die Kirche andrerseits eine Angleichung an die wirklichen Zustände des täglichen Lebens anstreben, die oft ein Zusammenleben der Ehegatten nicht mehr rechtfertigen. Da für die Kirche die Ehe unauflösbar war, kam nur eine Trennung der Ehegatten unter Bestehenbleiben der Ehe in Frage. Die Kirche wählte zu diesem Zweck zwei Wege. Sie gewährte die separatio quoad mensam et torum perpetua und temporaria[17]). Die letztere war aber eigentlich nur ein Heilverfahren, die Kirche gewährte sie nur, wenn sie für eine spätere Wiederaufnahme eines gesunden Ehelebens zweckmäßig erschien[18]). Die dauernde separatio kam nur bei Ehebruch und den ihm gleichstehenden Vergehen der widernatürlichen Unzucht zur Anwendung[19]).

In dieser Weise erfreute sich die kirchliche Auffassung von der Unauflösbarkeit der Ehe bis zum 15. Jahrhundert ungeteilter Anerkennung, doch dann beeinträchtigen protestantisch-kirchliche Anordnungen und Naturrecht die schon gesichert scheinende Macht der Kirche wieder recht erheblich. Die protestantischen Lehren lehnten nach präziser Auslegung der Aussprüche Christi und unter Zurückgehen auf die Rechtsanschauung der Römer und Germanen den Sakramentscharakter der Ehe ab und ließen deshalb sowohl Scheidung als auch Wiederverheiratung zu[20]). Die evangelische Kirche beanspruchte grundsätzlich die Ehegerichtsbarkeit als ein „weltlich Ding" nicht für sich. Sie führte sie aber, da auch die weltliche Gewalt sich nicht dazu berufen fühlte, durch Kirchenordnungen sozusagen als Vertreter des Staates aus[21]). Diese Auffassungen setzten sich allmählich gewohnheitsrechtlich in ganz Deutschland durch.

Gegen die kirchliche Gerichtsbarkeit in jeder Art wandte sich das Naturrecht. Nach ihm beruht die Ehe auf einem bürgerlichen Vertragsverhältnis und dieses untersteht wie jeder andere Kontrakt der Autorität der Staatsgewalt. Als infolgedessen auch eine Lehre, die von einer Doppelnatur der Ehe als weltlicher Vertrag und kirchliches Sakrament ausging, viele Anhänger fand und sogar in katholische Kreise eindrang[22]), war es bald mit der kirchlichen Jurisdiktion auf

---

[16]) Scherer S. 556.
[17]) Hubrich S. 36; Friedberg S. 474.
[18]) Scherer S. 590.
[19]) Scherer S. 587.
[20]) Friedberg S. 478.
[21]) Schulte S. 416.
[22]) Haasen S. 19.

dem Gebiete der Ehe vorbei. Überall entstanden weltliche Gesetze in geradezu katholikenfeindlicher Art. In Frankreich wurde schon mit der großen Revolution die obligatorische Zivilehe eingeführt[23]). In Deutschland vertrat das Preußische Allgemeine Landrecht die naturrechtlichen Anschauungen am ausgeprägtesten. Danach hatte ein kirchliches Erkennen auf dauernde Separation nur die Wirkungen der bürgerlichen Scheidung[24]). Nach Einführung des Reichspersonenstandsgesetzes von 1875 war es in ganz Deutschland mit dem kirchlichen Einfluß auf dem Gebiet der Ehe so gut wie aus. Gemäß § 76 RPStG. wurden für Verlöbnis- und Ehestreitigkeiten ausschließlich die bürgerlichen Gerichte zuständig. § 77 RPStG. gebot statt dauernder Separation Scheidung, nur die Trennung auf Zeit blieb bestehen.

§ 2.

Die Aufnahme der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ins BGB.

Der durch das RPStG. geschaffene Zustand mußte für die Katholiken unhaltbar erscheinen. Nur die weltlichen Gerichte waren zuständig, und diese gewährten nur die von der katholischen Kirche verbotene „Scheidung dem Bande nach". Für einen gläubigen Katholiken bestand demnach, wenn seine Ehe zerrüttet war, tatsächlich kein Ausweg. Es war daher nur zu verständlich, daß beim Bearbeiten der Entwürfe eines neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs katholischerseits alle Hebel in Bewegung gesetzt wurden, um eine Änderung der bestehenden Verhältnisse herbeizuführen.

Die erste Kommission blieb jedoch auf dem Boden des geltenden Rechts, wie es das Reichspersonenstandsgesetz geschaffen hatte, stehen. Prinzipiell sollte nur Scheidung zugelassen werden, zeitweilige Trennung von Tisch und Bett sollte aber auch fernerhin möglich sein, allerdings nur als Versöhnungsmaßregel. Sie sollte längstens für einen Zeitraum von zwei Jahren ausgesprochen werden, nach Ablauf der Frist sollte der klägerische Gatte Scheidung verlangen können (§ 1445 des Entwurfs)[25]).

Als dieser Standpunkt im katholischen Lager bekannt wurde, wurde zum Gegenangriff gerüstet. Bei der Beratung der Scheidungsparagraphen in der zweiten Kommission wurden wohlvorbereitete Anträge eingebracht. Es wurde zunächst beantragt, daß die Scheidung

---

[23]) K. L. Mayer S. 11.
[24]) Hubrich a. a. O. S. 118.
[25]) Vgl. Motive IV S. 579.

für katholische Ehegatten nur eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zur Folge haben sollte. Dieser Antrag wurde aber mit der Begründung abgelehnt, daß es untunlich sei, das Recht einer einzelnen Konfession zum Bestandteile des staatlichen Rechts zu machen, daß ferner durch die beantragte Gestaltung alle Katholiken genötigt würden, Scheidung nur als separatio zu betrachten, der Staat aber einen derartigen Zwang nicht ausüben dürfe; es bleibe ja auch nach erfolgter Scheidung den einzelnen Katholiken anheimgestellt, die ausgesprochene Scheidung persönlich nur als Trennung von Tisch und Bett zu betrachten[26]).

Ebenso erging es dem Antrag, der folgende Bestimmungen zur Aufnahme vorschlug: Der Ehegatte, der in den Fällen der §§ 1441 bis 1445 (Entwurf) auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann (statt auf Scheidung) auf dauernde Aufhebung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft klagen. Verlangt der andere Ehegatte, daß die Ehe, wenn die Klage begründet sei, geschieden werde, so ist die Klage als Klage auf Scheidung anzusehen. — Ist auf dauernde Aufhebung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder der Ehegatten, wenn nicht Wiederaufnahme des ehelichen Lebens stattgefunden hat, auf Grund des Urteils im Wege einer neuen Klage Scheidung verlangen[27]). Wenn auch dieser Antrag und mit ihm ein Unterantrag, daß bei beantragter Aufhebung, wenn vom Beklagten Scheidung verlangt wird, diese nur für den beklagten Teil als Scheidung gelten solle, für den anderen die Ehe aber dem Bande nach fortbestehen solle, abgelehnt wurde[28]), ja die Kommission, von dem Standpunkt ausgehend, daß im BGB. für konfessionelle Sonderregelungen kein Platz sei, sogar die zeitweilige Trennung beseitigte[29]), so waren die katholischen Anträge doch maßgebend für die weitere Entwicklung.

Denn in der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfs wurden wieder Anträge eingebracht, die unter dem Einfluß der Ablehnungsbegründungen der ersten und zweiten Kommissionen äußerlich jeder konfessionellen Färbung entbehrten und den später Gesetz gewordenen Vorschriften ungefähr entsprachen[30]). Die Anträge wurden wieder „vom Standpunkt des katholischen Volksteils aus" begründet[31]). Außerdem wurden diese Anträge durch den bayrischen Bundesratsbevollmächtigten tatkräftig unterstützt. Dieser erklärte, daß die Ein-

---

[26]) Vgl. Protokolle IV S. 397.
[27]) Protokolle IV S. 395.
[28]) Protokolle IV S. 298.
[29]) Protokolle IV S. 399.
[30]) RTK. S. 1246 a. a. O.
[31]) RTK. S. 1246 a. a. O.

führung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft neben der Scheidung den Wünschen seiner Regierung entspräche und daß dereslbe Antrag auch im Bundesrat gestellt, aber abgelehnt worden sei[32]). Da für die Aufnahme des Eherechts in das BGB. die Hilfe des Zentrums unbedingt erforderlich war, und auch der Staatssekretär des Reichsjustizamts die betreffenden Anträge nicht als unannehmbar bezeichnete, „da ihre Form mit Rücksicht auf die anderen Konfessionen maßvoll gewählt sei und auch beim Bundesrat der Wunsch bestehe, dem BGB. die ungeteilte Zustimmung auch der katholischen Bevölkerung zu sichern“[33]), wurden die Bestimmungen schließlich mit unbeachtlichen Änderungen angenommen und fanden so im Gesetzbuch Aufnahme.

B. Die Voraussetzungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 3.

Die materiellen Voraussetzungen.

Die Voraussetzungen, unter denen ein Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergehen kann, ergeben sich aus § 1575 BGB. „Ein Ehegatte, der auf Scheidung zu klagen berechtigt ist, kann statt auf Scheidung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen.“ Mit anderen Worten, die materiellen Voraussetzungen zur Aufhebung sind dieselben wie für die Scheidung; also alle Scheidungsgründe, aber auch nur diese, führen zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Zunächst bestehen die absoluten Ehescheidungsgründe der §§ 1565 bis 1567, 1569: Ehebruch, Bigamie, widernatürliche Unzucht, Lebensnachstellung, bösliches Verlassen und unheilbare Geisteskrankheit, von denen letztere allerdings im Gegensatz zu den vorhergenannten Gründen kein Verschulden voraussetzt. Außerdem berechtigt auch der relative Scheidungsgrund des § 1568 zur Aufhebungsklage, d. h. wenn der andere Gatte „infolge schwerer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann“. Es ist nun aber behauptet worden[1]), im Falle des § 1569, bei unverschuldeter

---

[32]) RTK. a. a. O. S. 1247.
[33]) RTK. a. a. O. S. 1248.
[1]) Davidson a. a. O. S. 109.

Geisteskrankheit könne nicht auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geklagt werden, und zwar beruft man sich dabei auf die Entstehungsgeschichte des § 1575. Der betreffende Antrag in der Reichstagskommission begann: „Der Ehegatte, der in den Fällen der §§ 1548—1551 (die jetzigen §§ 1565—1568) auf Scheidung zu klagen berechtigt ist...", wonach also nur in den Fällen, bei denen Verschulden zum Tatbestand gehört, Klage zugelassen war. Die Worte „in den Fällen der §§ 1548 bis 1551" wurden aber gestrichen, weil überhaupt die Scheidung wegen Geisteskrankheit verworfen wurde. Als später Geisteskrankheit aber doch Scheidungsgrund wurde, hat man die betreffende Einschränkung nicht wieder vorgenommen, wahrscheinlich, weil man sich der eben dargestellten Vorgeschichte des § 1575 nicht mehr erinnerte. Wenn also demnach auch ein Redaktionsversehen[2]) vorzuliegen scheint, so darf man doch die Zulässigkeit einer Aufhebungsklage bei Geisteskrankheit nicht ablehnen. Denn nur die Entstehungsgeschichte als einschränkende Auslegung zu benutzen, ist immer bedenklich, in unserem Falle aber geradezu abwegig, da der Wortlaut des § 1575 ganz klar alle Scheidungsgründe zuläßt. Auch die Behauptung[3]), eine Aufhebungsklage bei Geisteskrankheit käme nicht in Frage, weil in diesem Falle die eheliche Gemeinschaft tatsächlich bereits aufgehoben wäre, trifft nicht zu. Es wird hier übersehen, daß Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne des Gesetzes rechtliche Aufhebung bedeutet und die hieran geknüpften Rechtsfolgen nicht eintreten, wenn die eheliche Gemeinschaft nur tatsächlich aufgehoben ist.

Doch auch der relative Scheidungsgrund des § 1568 gibt, wenn auch prinzipiell niemand seine Zulässigkeit als Aufhebungsgrund bestreitet, Anlaß zu Erörterungen. Wenn nämlich ein Nichtkatholik aus diesem Grund auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagt, wird die in diesem Falle erforderliche Überzeugung des Richters, daß die Ehe tatsächlich vollkommen zerrüttet ist, nicht leicht hervorgerufen werden[4]). Es ist aber darauf hinzuweisen, daß ein solcher Fall in der Praxis selten vorkommen wird. Bei zerrütteter Ehe werden Protestanten sicher ganz selten auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagen.

Im § 1575 Abs. 2 wird besonders hervorgehoben, daß die §§ 1573 und 1754 auch für die Aufhebungsklage gelten sollen. Doch auch die §§ 1570—1572 sind bei der Aufhebung anwendbar. Es war überflüssig, das besonders hervorzuheben, denn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann nur geklagt werden, wenn auch auf Scheidung geklagt

---

[2]) Siehe Fritze a. a. O. S. 332.
[3]) Planck Bem. 2a zu § 1575.
[4]) Siehe K. L. Mayer S. 23.

werden kann. Wenn die Voraussetzungen der §§ 1570—1572 vorliegen, kann man nicht auf Scheidung klagen, also auch nicht auf Aufhebung. Ist demnach ein verschuldeter Scheidungsgrund verziehen, so kann er auch nicht bei der Aufhebungsklage verwertet werden (1570). Dasselbe gilt, wenn die Ausschlußfristen des § 1571 versäumt sind, auch ist hierbei hervorzuheben, daß diese Fristen nicht laufen, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist. Einer Klagerhebung steht eine Ladung zum Sühnetermin gleich. Nach § 1572 kann ein Aufhebungsgrund, für den die Frist abgelaufen ist, im Rechtsstreit dann noch geltend gemacht werden, wenn die Frist zur Zeit der Rechtshängigkeit des betreffenden Rechtsstreits noch nicht erloschen war. War die Frist auch da schon verstrichen, so kann der betreffende Grund gemäß § 1573 doch immer noch zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Aufhebungsklage geltend gemacht werden. Ferner ist im Urteil auszusprechen, wer an der Aufhebung die Schuld trägt (§ 1574). Aus der Verweisung des § 1575 auf die Scheidungsvoraussetzungen geht ferner hervor, daß die Aufhebung durch Urteil zu erfolgen hat, und daß die Wirkungen mit Rechtskraft des Aufhebungsurteils eintreten (§ 1564 Abs. 2 und 3). § 1575 Abs. 1 gibt dem Kläger ein eigenartiges Wahlrecht, er kann statt Scheidung Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verlangen. Daraus geht hervor, daß er nicht von vornherein auf Aufhebung klagen muß. Er kommt zum gleichen Ziel, wenn er bereits eine Scheidungsklage angestrengt hat und jetzt nachträglich zur Aufhebungsklage übergeht. Die Zulässigkeit dieses Übergangs ist unbestreitbar, sie geht aus der Formulierung, man kann „statt" Scheidung Aufhebung verlangen, hervor.

Aber es liegt nicht allein beim Kläger, Aufhebung zu erlangen. Dem beklagten Ehegatten steht nach § 1575 Abs. 1 Satz 2 das Recht zu, ohne jede weitere Begründung den Eventualantrag zu stellen, daß, falls die Klage vom Gericht als begründet angesehen werde, die Ehe geschieden wird. Zum Zustandekommen eines Aufhebungsurteils ist es demnach erforderlich, daß außer einem Vorliegen von Scheidungsgründen beide Parteien darüber einig sind, daß Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eintreten soll.

Aus § 1575 geht ferner hervor, daß es unzulässig ist, den Klagantrag alternativ zu stellen und es dem Gericht zu überlassen, auf Scheidung oder Aufhebung zu erkennen. Man kann *statt* Scheidung Aufhebung verlangen, d. h. der Antrag muß genau bestimmt sein.

In diesem Zusammenhang darf Art. 17 Abs. 4 EG.z.BGB. nicht übersehen werden: „Auf Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inland nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem ausländischen Gesetze

als auch nach den deutschen Gesetzen Scheidung zulässig sein dürfte. Es kann auf Scheidung nur dann erkannt werden, wenn auch nach ausländischem Recht die Scheidung zulässig ist." Das Wort Scheidung bedeutet hier nur eine Scheidung im Sinne unseres BGB.[5]) und umfaßt nicht auch ähnliche Trennungsformen, wie z. B. die Trennung des österreichischen Rechts, und zwar geht das daraus hervor, daß oben die Worte „sowie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" hinzugesetzt sind. Auch geht aus der nochmaligen Anführung in Abs. 4 hervor, daß dieser keine Einschränkung des 1. Absatzes sein soll, wonach im gegebenen Fall nur das ausländische Recht maßgebend ist. Dann wäre es nämlich unverständlich, weshalb nochmals angeführt wird, daß nach ausländischem Recht Scheidung zulässig sein müsse. Es kann demnach in Deutschland die eheliche Gemeinschaft eines Ausländers nur dann aufgehoben werden, wenn in seinem Heimatstaat Scheidung zulässig ist[6]). Das ist durchaus befriedigend, denn die der Aufhebung ähnlichen Rechtsgebilde sind meistens in ihren Wirkungen viel schwächer als die Aufhebung, und deshalb wäre es ein unzulässiges Eingreifen in fremde Rechte, was durch Art. 17 gerade vermieden werden soll, wenn wir schon beim Vorliegen eines ähnlichen Instituts im Heimatstaat eines Ausländers, der Aufhebung verlangt, auf Aufhebung erkennen würden. Allerdings muß dann in Kauf genommen werden, daß die Angehörigen derjenigen Länder, die keine Scheidung kennen, in Deutschland keine Möglichkeit der Ehetrennung haben[7]).

Als Abschluß dieses Paragraphen sei noch auf die Vorschriften des Art. 46 EG.z.BGB. und des § 55 RPStG. hingewiesen. Hiernach ist die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Personenstandsregister am Rande der Eintragung über die Eheschließung zu vermerken, und zwar von Amts wegen.

§ 4.

Die prozessualen Voraussetzungen.

Prozessual ist die Aufhebung der Scheidung vollkommen gleichgestellt, denn § 639 ZPO., am Ende des Abschnitts für Ehesachen, sagt ausdrücklich: „Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Scheidung auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen."

---

[5]) And. Ansicht H. Lehmann § 27 V S. 179.
[6]) Haasen S. 67. Vgl. auch RGZ. Bd. 55 S. 345.
[7]) Lehmann § 27 V S. 179; Kohler S. 176/77 die dieses als Unbilligkeit ansehen und für kommende internationale Abkommen eine freiere Regelung wünschen.

Die Klage auf Aufhebung ist demnach eine Ehesache, es gelten auch für die Aufhebung die Bestimmungen über das Verfahren in Ehesachen. Es ist also gemäß § 606 Abs. 1 das Landgericht, bei dem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig; nach § 607 hat die Staatsanwaltschaft mitzuwirken, nach § 612 Abs. 1 ist für die Aufhebungsklage ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Ehegatte prozeßfähig, nach § 613 bedarf der Bevollmächtigte des klagenden Ehegatten einer besonderen Vollmacht. Für das Verfahren selbst gelten die Vorschriften der §§ 617—630. Nach § 704 ist vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils ausgeschlossen.

Aus der Gleichstellung der beiden Klagen ergibt sich auch, daß die besonders auf die Scheidung zugeschnittenen Bestimmungen Anwendung finden. So kann der Termin zur mündlichen Verhandlung erst festgesetzt werden, wenn den Vorschriften der §§ 609—611 über den Sühneversuch genügt ist. Nach § 612 Abs. 2 bedarf der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn er die Aufhebungsklage erheben will. Wenn der Kläger die Aussetzung des Verfahrens beantragt hat, so darf nach § 620 das Gericht nicht auf Aufhebung erkennen, bevor die Aussetzung stattgefunden hat. Die Aussetzung ist von Amts wegen anzuordnen, wenn die Aufhebung auf Grund des § 1568 des BGB. beantragt ist und die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint. Es ist behauptet worden, daß bei einer Klage auf Grund des § 1568 die Aussöhnung nie ausgeschlossen erscheinen wird und deshalb in diesem Fall immer Aussetzung erfolgen muß[8]). Doch diese Behauptung ist übertrieben, zutreffen wird sie wohl nur dann, wenn Nichtkatholiken auf Aufhebung klagen, denn dann werden die Gatten meist noch etwas Hoffnung hegen, da sonst die weitergehende Scheidung naheliegt. Für Katholiken wird § 620 ebenso zur Anwendung kommen, wie sonst im Falle der Scheidung. Doch kann diese Maßregel, die doch nur der Aufrechterhaltung der Ehe dient, nie schaden, und da das Gericht aus eben diesem Grunde zu besonderer Beweiserhebung befugt ist, kann es auch immer feststellen, ob die Voraussetzungen des § 620 tatsächlich vorliegen. Ferner muß, wenn wegen Geisteskrankheit auf Aufhebung geklagt wird, gemäß § 623 ein Psychiater gehört werden. Auch muß nach § 624, wenn die Ehe wegen Ehebruchs aufgehoben wird, im Urteil die mitschuldige Person genannt werden, wenn sich aus den Verhandlungen ergibt, mit welcher Person der Ehebruch begangen ist. Nach § 627 kann die Unterhaltspflicht durch einstweilige Verfügung geregelt werden; der Rechtsstreit in Ansehung

[8]) K. L. Mayer S. 24.

der Hauptsache ist als erledigt anzusehen, wenn ein Ehegatte vor Rechtskraft des Urteils stirbt (§ 628).

Es sind nun noch das Änderungsrecht des Klägers und das Antragsrecht des Beklagten nach § 1575 in ihrer prozessualen Bedeutung zu untersuchen. Wie bereits angeführt, kann der Kläger noch im Prozeß statt Scheidung Aufhebung verlangen und umgekehrt. Es taucht die Frage auf, ob dieser Übergang auch in jedem Stadium des Verfahrens vorgenommen werden kann. In der ersten und zweiten Instanz steht seine Zulässigkeit außer Frage. Die Möglichkeit der Umänderung des Antrags in der Revisionsinstanz dagegen ist lebhaft umstritten. Sie wird von vielen[9]) abgelehnt, weil die Natur des Rechtsmittels der Revision das Vorbringen neuer materieller Anträge ausschließe. Zur Klarstellung ist die rechtliche Natur der Umänderung zu untersuchen. Verschiedene Schriftsteller[10]), von dem richtigen Standpunkt ausgehend, daß die Umänderung keine Klageänderung ist[11]), begründen die Zulässigkeit der Änderung auch in der Revision damit, daß die Umwandlung als „Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrags" gemäß § 268 Abs. 2 ZPO. anzusehen sei. Auch wenn das sachlich stimmen würde, so wäre damit eine Zulässigkeit der Änderung in der Revisionsinstanz noch lange nicht begründet, denn nach herrschender Ansicht ist § 268 für die Revision nicht anwendbar[12]). Aber wir haben es auch gar nicht mit einer „Erweiterung oder Beschränkung" zu tun, denn eine solche müßte immer vom Kläger ausgehen. Nach § 1575 Abs. 1 Satz 2 steht aber dem Beklagten im Grunde genommen ganz dasselbe Antragsrecht zu, auch er kann nach seinem Belieben Scheidung verlangen oder es bei der Aufhebung bewenden lassen. Es handelt sich vielmehr um eine „in Antragsform gekleidete beiden Parteien gleichmäßig zustehende prozessuale Willenserklärung über die Fassung der Urteilsformel"[13]). Prozessual geht der Rechtsstreit ohne Rücksicht darauf, welche von den beiden möglichen Entscheidungen schließlich getroffen wird, den gleichen Weg. Es kommt nur darauf an, welcher von den beiden Ausdrücken im Tenor der Entscheidung erscheinen soll. Damit sind alle Schwierigkeiten wegen der Zulässigkeit der Änderung in der Revisionsinstanz beseitigt, denn wenn die Änderung des Antrags nichts weiter ist als ein Wunsch auf eine andere von zwei möglichen Urteilsformen, so schließt das Wesen des Rechtsmittels der Revision

---

[9]) Planck § 1575 Bem. 3; Opet § 1575 Bem. 2; Haasen S. 27; Seckel S. 5.
[10]) Zweig S. 20; K. L. Mayer S. 32; Seckel S. 6.
[11]) Stein-Jonas § 614 Anm. 3.
[12]) Stein-Jonas § 614 Anm. 3.
[13]) Stein-Jonas § 614 Anm. 3.

in keiner Weise aus, daß das Gericht dem Wunsche willfährt[14]). Auch wenn der Umänderungsantrag nach bereits erfolgtem bedingten Endurteil gestellt wird, muß dasselbe gelten. Die Aufhebung ist, wie gesagt, im Verhältnis zur Scheidung nur eine andere Rechtsfolge desselben Tatbestandes. Es werden durch den Antrag nur die Folgen der Eidesleistung und -verweigerung näher präzisiert, und dem steht das bedingte Endurteil keineswegs entgegen[15]). Auch das Reichsgericht[16]) hat diese Streitfrage behandelt, und zwar ist von ihm die Zulässigkeit des Übergangs von der Scheidung zur Aufhebungsklage auf recht interessante Weise begründet worden. Das Reichsgericht geht davon aus, daß beim Scheidungsprozeß der allgemeine Grundsatz, daß man nur bei Beschwerung ein Rechtsmittel einlegen kann, nicht angewandt werden darf. Denn man kann in diesem Fall nicht wie sonst seine durch das Urteil erworbenen Rechte freiwillig wieder aufgeben. Deswegen hat das Reichsgericht auch schon früher[17]) lediglich zum Zweck der Klagezurücknahme und des Verzichts gestattet, ein Rechtsmittel einzulegen. Das Reichsgericht sieht nun die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als eine Scheidung mit schwächeren Wirkungen an, sieht demnach im Übergang vom Scheidungs- zum Aufhebungsverlangen ein Aufgeben von Rechten und gestattet aus diesem Grunde sowohl die Änderung des Antrags noch in der Revisionsinstanz, wie auch lediglich zum Zweck der Änderung das Rechtsmittel einzulegen. Doch diese Begründung erklärt nur die Zulässigkeit des Übergangs von der Scheidungs- zur Aufhebungsklage, während die oben angeführte Erklärung ebensogut auch den umgekehrten Fall begründet, d. h. daß auch, wenn zuerst Aufhebung verlangt wurde, noch in der Revisionsinstanz Scheidung beantragt werden kann.

Zum Teil wird die Zulässigkeit einfach auf Grund des § 1575 BGB. ausgesprochen[18]). § 1575 sei gegenüber den prozessualen Vorschriften der ZPO. lex specialis und deshalb sei ohne Rücksicht auf eventuelle dortige Gegengründe die Änderung in jeder Lage des Verfahrens zugelassen. Doch es erscheint bedenklich, eine Vorschrift des BGB. derartig auszunutzen. Grundsätzlich gilt in prozessualen Fragen zuerst immer die ZPO., und da wir gesehen haben, daß der Übergang mit deren Vorschriften nicht in Widerspruch steht, ist die Erörterung auch zwecklos.

---

[14]) Davidson S. 110; Schmidt Bem. 4a, β; H. Mayer S. 38; Staudinger Bem. 5 zu § 1575; Goldmann-Lilienthal S. 97 Anm. 4.
[15]) Stein-Jonas § 614 Anm. 3.
[16]) RGZ. 18. 5. 1911, JW. 1911 S. 655.
[17]) RGZ. 19. 11. 1910, JW. 1911 S. 155.
[18]) Siehe Lingenberg S. 28.

Ein anderes Ergebnis würde in diesem Falle auch recht unerfreuliche Konsequenzen mit sich bringen. Der Kläger muß, wenn ihm die Umwandlung in Scheidung im Verfahren nicht mehr erlaubt wird, nach § 1576 eine ganz neue Klage erheben, und der umgekehrte Fall würde geradezu der Tendenz, die Ehe wenn irgend möglich zu erhalten, widersprechen.

Es kann auch nicht fraglich sein, wie das Recht des beklagten Ehegatten, bei an sich begründeter Klage Scheidung zu verlangen, prozessual zu deuten ist. Auch dieser Eventualantrag ist genau so zu behandeln wie der Übergang des Klägers. Der Beklagte, der auf Scheidung drängt, macht weder tatsächliche oder rechtliche Ausführungen im technischen Sinne, noch wird der Lauf des Prozesses irgendwie durch den Antrag beeinflußt. Es ist also auch dieser Antrag während des ganzen Verfahrens, insbesondere noch in der Revisionsinstanz und nach bedingtem Endurteil zulässig [19]).

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß der Kläger nur einmal den Umänderungsantrag stellen kann. Hat er von seinem Umwandlungsrecht einmal Gebrauch gemacht, ist dieses Recht damit verbraucht.

Der Eventualantrag des Beklagten braucht nicht in Form einer Widerklage gestellt zu werden, denn es liegt nur eine Modifikation des klägerischen Antrags vor. Aber in manchen Dingen muß doch im Hinblick auf die Wirkungen des Antrags dieser wie eine Klage behandelt werden. So muß nach § 612 Abs. 2 der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen, und nach § 613 braucht der Bevollmächtigte des beklagten Ehegatten eine besondere Vollmacht [20]).

§ 1575 gilt aber auch, wenn Widerklage erhoben wird. Es kann also, wenn Widerklage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft angestrengt wird, der Kläger als Widerbeklagter den Eventualantrag stellen [21]).

Bestritten ist, ob in der Erhebung einer Widerklage auf Scheidung zugleich ein Antrag gemäß § 1575 Abs. 1 Satz 2 zu erblicken ist. Das Reichsgericht [22]) klammert sich an das Wort „beantragt" und verlangt, daß der beklagte Ehegatte tatsächlich ausdrücklich fordert, daß die Ehe, falls die Klage für begründet erachtet wird, geschieden werde. Im Erheben einer Widerklage auf Scheidung sieht das Reichsgericht nur ein Scheidungs-

---

[19]) Stein-Jonas § 614 Anm. 3.

[20]) Staudinger § 1575 Anm. 5; Schmidt § 1575 Bem. 4a; and. Ans. Seckel S. 6.

[21]) Staudinger § 1575 Anm. 6.

[22]) RGZ. 23. 3. 1908, JW. 1908 S. 302. Ebenso Schmidt § 1575 Bem. 5.

begehren für den Fall, daß die Widerklage begründet ist, nicht auch für den Fall, daß die Aufhebungsklage für begründet gehalten wird. Doch diese Auffassung muß als viel zu formalistisch abgelehnt werden. Im Aufhebungsprozeß, in dem der Beklagte Widerklage auf Scheidung erhebt, muß man in diesem Fall auch einen stillschweigenden Eventualantrag gemäß § 1575 Abs. 1 Satz 2 annehmen. Die Folge der entgegengesetzten Ansicht wäre auch hier wieder, daß der Beklagte in einem neuen Prozeß gemäß § 1576 vorgehen muß, und das alles nur, weil er nicht die richtigen Worte gebraucht hat. Wenn jemand Scheidung verlangt, ist es ihm doch letzten Endes ganz gleichgültig, wie die Richter deren Zulässigkeit juristisch begründen. Wird allerdings auf richterliches Befragen gemäß § 139 ZPO. hin ausdrücklich erklärt, daß der Eventualantrag nicht gestellt sei, so muß bei Unbegründetheit der Widerklage auf Aufhebung erkannt werden. Doch darin liegt keine Einschränkung der hier vertretenen Ansicht, es liegt in diesem Fall eben kein stillschweigender Antrag vor. Auch kann unsere Auffassung durch das Bedenken[23]), der Widerkläger könne, wenn seine Scheidungsgründe nicht anerkannt werden, eventuell in eine versöhnliche Stimmung versetzt werden, in der er vielleicht keine Scheidung mehr wünscht, nicht erschüttert werden, denn wenn der Widerkläger, obwohl er während der Beweiserhebung merkt, wie es mit seinen Gründen steht, seine Widerklage trotzdem aufrechterhält, so geht daraus klar hervor, daß er geschieden sein will. Wenn nun aber in der Widerklage auf Scheidung der Eventualantrag zu erblicken ist, dann muß ganz ohne Rücksicht auf das Schicksal der Widerklage auf Scheidung erkannt werden, wenn die Aufhebungsklage begründet ist. Auch muß dasselbe gelten, wenn auf Scheidung geklagt und Widerklage auf Aufhebung erhoben war. Dann liegt auch in der Scheidungsklage der Eventualantrag, und es ist ganz unabhängig vom Schicksal der Scheidungsklage auf Scheidung zu erkennen, wenn nur die Widerklage Erfolg hat. Schwierigkeiten treten auf, wenn sowohl Klage als auch Widerklage begründet sind. Aus der Gleichstellung der beiden Institute Scheidung und Aufhebung in der ZPO. und aus der bereits festgestellten Anwendbarkeit des § 615 ist zu entnehmen, daß die Ehe in solchem Fall wegen beiderseitigen Verschuldens zu scheiden ist[24]), wonach auch die Anwendbarkeit des § 92 ZPO. betreffs der Kostenfrage ohne weiteres gegeben ist. Es ist vollkommen willkürlich und unverständlich, wenn behauptet wird[25]), im Streitfalle sei die Klage bzw. die Widerklage auf Aufhebung abzuweisen, weil un-

---

[23]) Opet § 1575 Bem. 2.
[24]) Warneyer § 1575 Bem. Abs. 5.
[25]) Staudinger § 1575 Bem. 6.

möglich zugleich auf Scheidung und auf Aufhebung erkannt werden könne und die Scheidung das Weitergehende sei. Auch die Auffassung[26]), die Aufhebungsklage bzw. Widerklage sei in diesem Fall „erledigt", kann aus unserer ZPO. heraus nicht begründet werden.

C. Wesen und Wirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 5.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt keine Auflösung der Ehe.

Die Kompromißnatur des Instituts der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und die infolge seiner übereilten Aufnahme ins Gesetzbuch ungenaue Fassung der betreffenden Gesetzesvorschriften hat von Anfang an dazu geführt, daß die rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in der Wissenschaft recht verschieden aufgefaßt worden ist. Nach § 1586 treten, wenn nach § 1575 die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wird, die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein. Viele Schriftsteller[1]) sagen nun, da die Auflösung gemäß § 1564 die Hauptwirkung der Ehescheidung sei, habe auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Auflösung der Ehe zur Folge. Auch die gegenteilige Ansicht[2]) gibt zu, daß der Gesetzeswortlaut der erstgenannten Auffassung Vorschub zu leisten geeignet ist, glaubt aber aus anderen Momenten für ein Bestehenbleiben der Ehe eintreten zu müssen. Doch formulieren die Vertreter der letzteren Ansicht ihre Auffassung recht verschieden. Entweder soll die Ehe an sich bestehen bleiben[3]), andere behaupten, sie verlöre nur ihren materiellen Inhalt[4]), wieder andere meinen, die Ehe bleibe nur der Form nach[5]) oder dem Bande nach[6]) bestehen. Sehr einschränkend wird auch folgendermaßen definiert: „Die Ehe besteht dem Bande nach fort, das Rechtsverhältnis wird durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in seinem Bestande nicht beein-

---

[26]) Blankmeister a. a. O. S. 120.

[1]) Seckel S. 8; Planck § 1586 Anm. 2; Opet Anm. 1 zu § 1586; Wieruszowski S. 178 Anm. 12; K. L. Mayer S. 46; Patek S. 9.

[2]) vor allem Staudinger § 1586 Bem. 2.

[3]) Kuhlenbeck a. a. O. S. 52.

[4]) Leske S. 829.

[5]) Davidson S. 175.

[6]) Cosack II, 2 § 42 III, 1 a; Crome § 558; Fränkel S. 101; Friedberg S. 511; Kohler S. 177; Erler S. 82; Lehmann S. 178.

flußt, es befindet sich aber in einem Zustande der Hemmung, der Suspension, des Ruhens."[7]) Oder es wird gesagt: „Die Aufhebung ist keine Scheidung, sie wirkt aber wie die Scheidung."[8]) Aber auch diejenigen, die für Auflösung sind, sind sich nicht einig, dort finden wir neben Verfechtern der völligen Auflösung solche, die prinzipiell ebenfalls Auflösung der Ehe annehmen, sie aber nach gewissen Richtungen hin[9]) bzw. ein „Restband der Ehe"[10]) bestehen lassen.

Es fällt zunächst auf, daß bei beiden Ansichten noch vom „Bande der Ehe" gesprochen wird, die Streitfrage so gestellt wird, ob dieses Band bei Aufhebung zerrissen wird, oder ob es unberührt bleibt. Es muß aber daran festgehalten werden, daß die Vorstellung vom Ehebande nur eine katholisch-scholastische Spekulation ist, die, wie wir im geschichtlichen Teil gesehen haben, im engsten Zusammenhang mit der Sakramentsnatur der Ehe steht[11]). Dagegen faßt unser BGB. die Ehe grundsätzlich als ein Rechtsverhältnis auf. Mag man nun auch, moderner Auffassung folgend, unter „Band der Ehe" die Summe der durch die Eheschließung für die Ehegatten entstehenden Rechte und Pflichten verstehen, so darf trotzdem, da die Ehe kein sinnlich wahrnehmbarer Begriff ist, dieses Bild für die juristische Streitfrage nicht verwandt werden. Eine Verwendung muß hier verwirrend wirken, und, wie wir später sehen werden, hat sie tatsächlich zu ganz abwegigen Ansichten und unhaltbaren Ergebnissen geführt[12]). Es ist deshalb, um zu einem juristisch einwandfreien Ergebnis zu kommen, der Begriff Eheband vollkommen zu vermeiden, wie ihn auch das Gesetz mit Vorbedacht vermieden hat.

Um wieder auf den Wortlaut des Gesetzes zurückzukommen, so steht fest, daß die Frage, ob die Ehe aufgelöst wird oder nicht, unmittelbar nicht beantwortet ist, sondern es wird nur von den Wirkungen gesprochen. Daraus sehen wir auch, daß die Gegenüberstellung von Auflösung und Nichtauflösung gar nicht das Hauptproblem sein kann. Kardinalfrage ist vielmehr: Wie groß ist der Umfang der Aufhebungswirkung? Werden an die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Eheauflösungswirkungen geknüpft oder nicht? Daß wir damit die praktisch wichtigere Frage angeschnitten haben, ergibt sich schon daraus, daß sogar die entgegengesetzten Auffassungen von Auflösung und Nicht-

---

[7]) Mathias, Recht 1903 S. 2ff.; ebenso Th. Olshausen S. 153; Dernburg § 31 II; Saniter S. 86; Nöthling S. 21.
[8]) Neumann § 1586 Bem. 2.
[9]) Planck § 1586 Bem. 1.
[10]) Seckel S. 8.
[11]) Vgl. Schmidt Bem. 2b zu § 1586.
[12]) Siehe S. 20.

auflösung zum gleichen Resultat kommen, während innerhalb derselben Grundansicht über den Umfang der Wirkungen der größere Streit herrscht. Andererseits läßt es sich aber nicht leugnen, daß man die Wirkungen nur dann völlig und ganz erfassen kann, wenn man sich über die Ursache, die Aufhebung selbst, völlig im klaren ist. Bei der Scheidung liegt nun unbestritten und unbestreitbar das Wesen darin, daß sie die Ehe auflöst. Das Wesen der Aufhebung muß demnach auch darin liegen, ob Eheauflösung eintritt oder nicht. Deshalb läßt es sich auch nicht vermeiden, sich prinzipiell auf den Boden einer der beiden Auffassungen zu stellen. Es geht nicht an, daß man so weit geht und es dem einzelnen überläßt, ob er nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft den dadurch hervorgehobenen Zustand noch eine Ehe nennen will oder nicht[13]). Das Gesetz faßt die Ehe als ein Rechtsverhältnis auf, und dieses Rechtsverhältnis besteht entweder, oder es besteht nicht. Daß der Gesetzgeber im Streitfall einen zweifelhaften Zustand geschaffen haben soll, noch dazu „mit vollem Bewußtsein"[14]), ist daher völlig undenkbar und kann auch mit der übereilten Aufnahme der Vorschrift ins Gesetzbuch nicht erklärt werden.

Es muß also zunächst das theoretische Problem „Auflösung oder Bestehenbleiben der Ehe" gelöst werden, und die Lösung muß m. E. zugunsten der Nichtauflösung ausfallen, denn wenn auch, wie bereits erwähnt, der trockene Wortlaut des § 1586 für die entgegengesetzte Ansicht zu sprechen scheint, so liegen doch zu viele andere Argumente vor, die nur auf ein Bestehenbleiben der Ehe schließen lassen.

Wie aus der Einleitung ersichtlich, gehen die bestehenden Bestimmungen direkt zurück auf einige Anträge in der Reichstagskommission. Die §§ 1557 aff. des Entwurfs wurden im Bericht der Reichstagskommission mit den Worten eingeleitet: „Hinter § 1557 wurde die Diskussion eröffnet über drei Anträge, welche bezwecken, neben der Scheidung die dauernde Trennung von Tisch und Bett einzuführen." Begründet wurden diese Anträge damit, daß den überzeugungstreuen Katholiken eine Möglichkeit gegeben werden müsse, sich einer unerträglich gewordenen Ehe zu entziehen, ohne ihr Gewissen zu beschweren und mit dem Dogma von der Unauflöslichkeit der Ehe in Widerspruch zu geraten. Wir haben auch gesehen, daß bereits in der ersten und zweiten Kommission gefordert wurde, neben der Scheidung ein im wesentlichen der separatio perpetua ähnliches Rechtsgebilde zu schaffen. Das Wesentliche bei der separatio besteht aber unbestritten darin, daß sie nur eine Beendigung der Lebensgemeinschaft bewirkt. Daß dieselbe

---

[13]) K. L. Mayer S. 47.
[14]) K. L. Mayer S. 47.

Absicht auch noch bei den Besprechungen in der Reichstagskommission geherrscht hat, kann unbedenklich angenommen werden, wenn man die betreffenden Anträge miteinander vergleicht. Der Inhalt ist unverkennbar derselbe, die etwas veränderte Fassung beruht nur darauf, daß die Antragsteller unter dem Einfluß der Opposition den Anträgen nach außen hin einen überkonfessionellen Anstrich gegeben und versucht hatten, das streitige Gebiet der sonst im Gesetzbuch üblichen Tendenz, gleiches Recht für alle zu schaffen, unterworfen hatten. Unverständlich ist es unter diesen Umständen, wenn behauptet wird[15]), die Entstehungsgeschichte der Aufhebungsparagraphen sei „völlig dunkel, alles verschwömme in dem diplomatischen Halbdunkel, unter dessen Hülle die Kompromisse geboren wurden". Vielmehr ist die Entstehungsgeschichte so klar wie selten[16]). Absicht der Antragsteller und Zweck des ganzen Instituts ergeben, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft „ein Kompromiß mit der katholischen Auffassung von der Unauflösbarkeit der Ehe" ist. Mit diesem Zweck ist aber nur ein Bestehenbleiben der Ehe vereinbar, nur dann ist den Katholiken ein mit ihrer Auffassung harmonierender Weg eröffnet. Wäre die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur eine zweite Art Eheauflösung, so wäre der Zweck völlig verfehlt und den Katholiken überhaupt nicht geholfen. Eine Klageerhebung auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wäre für sie dann ebenso unzulässig wie die Anstellung der Scheidungsklage. Es ist vollkommen falsch, wenn behauptet wird, daß den Gewissensbedenken der Katholiken dadurch Rechnung getragen wird, daß ja ausdrücklich gemäß § 1586 die Wiederverheiratung ausgeschlossen ist. Hier wird das Problem verkannt, denn die Unzulässigkeit des Eingehens einer neuen Ehe nach Aufhebung ist nichts weiter als eine selbstverständliche Folge der katholischen Auffassung von der Unlösbarkeit der Ehe.

Die Gegner dieser Auffassung haben ferner angeführt[17]), daß für die Katholiken die Anrufung eines staatlichen Gerichts überhaupt unzulässig sei, es demnach für sie ganz gleichgültig sein müsse, was die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkt. Für die Katholiken wäre die Gerichtsentscheidung unbeachtlich. Für sie wäre die Ehe nach Aufhebung auf jeden Fall noch eine Ehe. Das ist theoretisch richtig, versagt aber in der Praxis. Der Staat verweigert jedem kirchlichen Urteil die Anerkennung und Hilfe zur Vollstreckung. Für ihn hat so ein Urteil überhaupt keine rechtlichen Wirkungen. Auf die rechtlichen Wir-

---

[15]) Seckel S. 12.
[16]) Mathias a. a. O. S. 4.
[17]) Zweig S. 32.

kungen kam es den maßgebenden katholischen Stellen bei der Beantragung gerade an. Deshalb verlangten sie doch gerade die Aufnahme entsprechender Gesetzesbestimmungen ins staatliche Recht. Es sollte ein Rechtszustand geschaffen werden, der mit der katholischen Lehre vereinbar ist, und ein Rechtszustand ist heute eben nur durch die staatlichen Einrichtungen zu schaffen.

Doch es sind noch verschiedene andere Gründe vorhanden, die für das Bestehenbleiben der Ehe sprechen. Vor allen Dingen ist ein weiterer Beweis für unsere Theorie die Vorschrift des § 1586 Abs. 1 S. 2: „Die Wiederverheiratung ist jedoch ausgeschlossen." Wird trotzdem eine neue Ehe eingegangen, so ist diese Ehe nichtig und der Tatbestand der Bigamie erfüllt. Das geben auch mit einer Ausnahme[18]) sämtliche Gegner der hier vertretenen Ansicht zu. Stellt man sich aber auf diesen Standpunkt, so muß man auch, da Nichtigkeit der neuen Ehe einer Doppelehe wegen nur dann vorliegt, „wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung in einer gültigen Ehe lebt" (§ 1326), den Fortbestand der alten Ehe annehmen. Die Gegner haben versucht, diese Schlußfolgerung auch für ihre Theorie zu verwerten, und zwar wird folgendermaßen argumentiert: „Die Auflösung der Ehe tritt nach dieser Richtung hin nicht ein, wenn auch das Band der Ehe nicht bestehen bleibt, so bleibt doch ein Band nach, und dieses eine Band hindert die Eingehung einer neuen Ehe."[19]) Hier sieht man, zu welch unsinniger Folgerung die Benutzung des mystischen Begriffs „Band der Ehe" geführt hat. Die betreffenden Schriftsteller stellen sich die Ehe also aus einer Anzahl Bändern bestehend vor. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht liegt auf der Hand. Die Ehe ist ein Rechtsverhältnis und als solches einheitlich und unteilbar. Bleibt die Ehe noch „nach gewissen Richtungen hin" bestehen, so besteht sie eben noch.

Doch auch die konsequente Durchführung der Auflösungstheorie kommt auf Abwege. Es wird folgerichtig, da die Ehe aufgelöst sei, geleugnet, daß die im Widerspruch zu § 1586 geschlossene Ehe eine Doppelehe sei[20]). Behauptet wird vielmehr, die Bestimmung des § 1586 Abs. 1 Satz 2 sei ein Eheverbot, das mit § 1309 gar nichts zu tun habe. Das Verbot wird nur als aufschiebendes Ehehindernis aufgefaßt. „Eine im Widerspruch mit § 1586 eingegangene Ehe ist keine Doppelehe im Sinne des § 1309, sondern lediglich eine Übertretung des singulären von der Bestimmung des § 1309 völlig unabhängigen, lediglich den Charakter einer Spezialbeschränkung tragenden Eheverbots des § 1586."[21])

[18]) Behr S. 29.
[19]) Seckel S. 8 ff.
[20]) Behr S. 29.
[21]) Behr S. 29.

Würde trotzdem eine neue Ehe eingegangen, sei sie demnach nicht gemäß § 1309 nichtig. Sie sei auch nicht nichtig nach § 134 als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, denn § 1323 bestimme ausdrücklich, daß eine Ehe nur in den Fällen der §§ 1324—1328 nichtig sei. § 1586 sei nur eine lex imperfecta, d. h. ein Verbotsgesetz, welches weder Nichtigkeit noch Strafe androht. Trotz des Verbots bleibe die einmal eingegangene Ehe gültig. Abgesehen davon, daß bereits im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte eine solche Auffassung des § 1586 unmöglich ist, scheitert die Ansicht am Wortlaut des Gesetzes selbst. Es heißt, die Eingehung der neuen Ehe ist ausgeschlossen. Das bedeutet aber nach dem Sprachgebrauch des BGB. rechtlich ausgeschlossen, rechtlich unmöglich. Damit ist klar gesagt, daß die betreffende Vorschrift weit über ein bloßes impedimentum impediens hinausgeht. Schwerer wiegen folgende Bedenken: Ist die Ehe nicht aufgelöst, was soll dann das besondere Verbot? Dann genügt ja § 1309. Doch war diese Vorschrift notwendig gegenüber den vorangehenden Worten: „So treten die Wirkungen der Scheidung ein." Es ist richtig, daß ein Zusatz hiernach „die Ehe bleibt bestehen" oder ähnliches auch nicht umständlicher gewesen wäre, die Lage aber damit geklärt worden wäre. Doch ist ja bereits zugegeben, daß der Wortlaut nicht unbedingt für die hier vorgebrachte Auffassung spricht, sondern ein Argument für die Gegner zu sein scheint. Dasselbe gilt von dem Wörtchen „jedoch", welches das Verbot der Wiederverheiratung einleitet. Daraus scheint hervorzugehen, daß im Grunde Auflösung erfolgt, dann aber eine Ausnahme jenes Verbotes folgt. Doch wir haben soviel andere Argumente, daß wir auch diese Unklarheit ruhig mit der hastigen Einfügung der betreffenden Vorschriften ins Gesetzbuch erklären können. Auch § 1586 Abs. 2 unterstützt die Auffassung vom Bestehenbleiben der Ehe. „Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil nicht ergangen wäre." Nach § 1338 ist die Anfechtung einer Ehe nach ihrer Auflösung ausgeschlossen, nach § 1329 kann die Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Diese beiden Bestimmungen sind also nach § 1586 Abs. 2 auch nach Aufhebung anwendbar. Es ist Anfechtung auch nach Aufhebung zulässig, und die Nichtigkeit kann nur durch Klage geltend gemacht werden. Die von uns bekämpfte Ansicht behauptet, die Anwendbarkeitserklärung besage nur, daß trotz Auflösung der Ehe eine Geltendmachung der Nichtigkeit noch möglich sei. Indem § 1329 umgekehrt wird, wird folgendermaßen argumentiert: „Kann Nichtigkeit einer nicht aufgelösten Ehe nach § 1329 nur durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, so kann bei einer aufgelösten Ehe die Anfechtung auf andere Weise erfolgen, und zwar im Wege der Feststel-

lungsklage." Daß diese äußerst bedenkliche Interpretation nicht zutrifft, erkennt man, wenn man untersucht, wie die Vorschrift entstanden ist. Der Vorschlag zur Einfügung des jetzigen § 1586 Abs. 2 war der Redaktionskommission zur Erwägung überwiesen, zusammen mit anderweitigen Anregungen bezüglich der Einzelheiten des § 1566 a (1586 BGB.), „namentlich über die Tragweite des in § 1566 a bestimmten Grundsatzes"[22]). Es handelt sich also bei der Vorschrift des § 1586 Abs. 2 nicht um eine „prinzipielle, ein Novum enthaltende materielle Entscheidung, sondern nur um eine redaktionelle Ausgestaltung des § 1566 a des Entwurfs"[23]). Der streitige Satz ist nur eingeführt worden, um die Tragweite des Grundsatzes vom Fortbestehen der Ehe sicher abzugrenzen und klarzustellen.

Eine weitere Stütze der hier vertretenen Ansicht bildet die Vorschrift des § 1587: „Die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen fallen weg, wenn die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt ist", was ohne jede Förmlichkeit geschehen kann. Wäre nach Aufhebung die Ehe wirklich aufgelöst, so stände fest, daß eine neue Ehe ohne die Formvorschrift des § 1317 zustandekommen könnte, der Grundsatz der obligatorischen Zivilehe demnach durchbrochen wäre. Es ist allerdings richtig, wenn behauptet wird[24]), die Regel der obligatorischen Zivilehe könne doch durch eine Ausnahmevorschrift ruhig durchbrochen werden. Aber einmal muß man verlangen, daß eine Vorschrift, die ein so wichtiges Prinzip durchbricht, klar erkennen läßt, daß wir es mit einer Ausnahmevorschrift zu tun haben. Das kann man aber von der allgemeinen Fassung des § 1587 nicht behaupten. Ferner müßte doch irgendein Zweck erkennbar sein, weshalb das Prinzip durchbrochen wird. Pflegen doch sonst beim Durchbrechen wichtiger Prinzipe schwerwiegende Gründe vorzuliegen, z. B. beim § 932 die Rücksicht auf den täglich vorkommenden gutgläubigen Käufer. Eine befriedigende Erklärung kann der § 1687 nur erfahren, wenn wir annehmen, daß die Ehe bestehen bleibt. Dann ist es selbstverständlich, daß die getrennten Ehegatten als noch wirkliche Ehegatten die Ehe nicht noch einmal zu schließen brauchen. Diese befriedigende Lösung haben einige Gegner dieser Auffassung dadurch für ihre Theorie verwerten wollen, daß sie wieder annehmen, „insoweit" bleibe die Ehe bestehen, die formlose Wiederherstellung werde durch das noch bestehende Restband ermöglicht. Doch die Unhaltbarkeit der Auffassung von einer Teilbarkeit der Ehe ist bereits festgestellt worden.

---

[22]) Kommissionsbericht S. 2050.
[23]) Schmidt § 1586 Bem. 2 aβ.
[24]) Behr S. 30.

Nun sind noch verschiedene Argumente vorhanden, die allerdings nicht sehr viel selbständiges Material für die Lösung des Problems liefern, aber immerhin als unterstützende Momente in Frage kommen oder doch zumindest sich durch die hier vertretene Ansicht viel leichter und besser erklären lassen als durch die Auflösungstheorie.

Zunächst sei auf die Ausdrucksweise des Gesetzes eingegangen. Die Bezeichnung „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft weist „darauf hin, daß eben die eheliche Lebensgemeinschaft, nicht auch das Rechtsverhältnis der Ehe selbst zerstört wird. Zwar ist damit der Ehe ihr Hauptinhalt genommen. Aber wenn auch noch so wenig von der Ehe zu spüren, wenn ihr noch soviel von ihrem positiven Inhalt geraubt wird, das Rechtsverhältnis als solches bleibt bestehen. Es ist allerdings zuzugeben, daß ein Argument, das nur aus einer Bezeichnung seine Kraft schöpft, nicht allzu wertvoll einzuschätzen ist. Es ist immer gewagt, aus dem bloßen Sprachgebrauch Schlüsse auf die Norm zu ziehen, aber als unterstützendes Moment kann man es m. E. immer verwerten. Ihm jeglichen Beweiswert abzusprechen[25]), geht entschieden zu weit.

Ferner wird in § 55 RPStG. die Auflösung der Ehe der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegenübergestellt. Diese Ausdrucksweise hat ihren Grund offenbar darin, daß im Sinne des Gesetzes die Aufhebung keine Auflösung der Ehe bedeutet. Unsere Gegner haben auf verschiedene Weise versucht, der Vorschrift einen anderen Sinn zu geben. Einmal wird angeführt, die Aufhebung sei ja nur teilweise Auflösung, folglich bedeute die Gegenüberstellung von Auflösung und Aufhebung nur die Gegenüberstellung von gänzlicher und teilweiser Auflösung[26]). Da es aber keine teilweise Auflösung der Ehe gibt, sondern diese, solange sie nicht ganz aufgelöst ist, eben noch besteht, ist die Unhaltbarkeit dieser Ansicht offenbar. Falsch ist auch, wenn gesagt wird, die Unterscheidung im Gesetz sei gemacht worden, weil für das Personenstandsregister die Tatsache allein wichtig sei, daß nach Aufhebung Wiederverheiratung ausgeschlossen sei, da dieses dem Publikum erkennbar sein müsse[27]). Denn das Personenstandsregister ist nicht in erster Linie für das Publikum bestimmt. Es geht auch nicht an, in der Gegenüberstellung von Aufhebung und Auflösung nur eine Unterscheidung von Scheidung und Aufhebung zu sehen: „§ 55 sage aufgelöst und nicht geschieden, weil die Eintragung erst nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils, wodurch die Auflösung herbeigeführt werde, er-

---

[25]) Seckel S. 9.
[26]) Seckel S. 8.
[27]) Behr S. 21.

folgen solle."[28]) Diese Auffassung verkennt, daß unter Auflösung im Sinne des § 55 RPStG. auch die Auflösung durch Tod gemäß § 1348 fällt, also das Wort Auflösung nie den behaupteten Sinn haben kann.

Auch § 1576 läßt sich nur durch unsere Auffassung einwandfrei erklären. Nach § 1576 kann nämlich jeder Ehegatte, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, jederzeit auf Grund des Aufhebungsurteils Scheidung verlangen. Die Auflösungstheorie muß hier die Konsequenz ziehen, daß eine bereits aufgelöste Ehe durch Scheidung zum zweiten Male aufgelöst wird, während nach unserer Ansicht selbstverständlich keine Schwierigkeiten bestehen.

§ 646 Abs. 1 ZPO. zeigt ebenfalls, daß die von uns vertretene Ansicht die richtige ist. Nach dieser Vorschrift kann der Entmündigungsantrag gegen eine Ehefrau „von einem Verwandten nur gestellt werden, wenn auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist, oder wenn der Ehemann die Ehefrau verlassen hat, oder wenn der Ehemann zur Stellung des Antrags dauernd außerstande oder sein Aufenthalt unbekannt ist". Die Scheidung ist nicht erwähnt, weil dann natürlich von Ehegatten nicht mehr gesprochen werden kann. Die Aufhebung ist dagegen angeführt, weil die Ehe wohl noch besteht, aber wegen der aufgehobenen Lebensgemeinschaft dem Mann das alleinige Antragsrecht nicht mehr zustehen kann. Die Auflösungstheorie kann diese Folgerung nur damit bekämpfen, daß sie erklärt, der Gesetzgeber habe hier das BGB. mißverstanden[29]), er habe sich eine Entgleisung[30]) zuschulden kommen lassen. Da aber die soeben interpretierte Vorschrift in einem anderen Gesetz enthalten ist als das Institut der Aufhebung selbst, soll in diesem Fall ganz davon abgesehen werden, diese Vorschrift als Beweismittel zu benutzen. Aber stutzig machen muß sie doch zum mindesten.

Wenn auch die Vertreter der Auflösungstheorien ihre Tätigkeit in der Hauptsache darauf beschränkt haben, die Auffassung vom Bestehenbleiben der Ehe zu widerlegen, so wird doch auch versucht, einige positive Beweise zu bringen. Diese können aber, wie in folgendem gezeigt werden soll, ebenfalls an der Tatsache, daß die Ehe bestehen bleibt, nichts ändern.

Zunächst wird immer der „klare Wortlaut" des § 1586 angeführt. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß der Wortlaut für die gegnerische Ansicht zu sprechen scheint, aber eine Klarheit, die unbedingt dazu zwingt, Auflösung anzunehmen, liegt keineswegs vor. § 1586 sagt: „Mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft treten

[28]) K. L. Mayer S. 43.
[29]) Seckel S. 23.
[30]) K. L. Mayer S. 60.

die Wirkungen der Scheidung ein." Da nun Auflösung der Ehe die Hauptwirkung der Scheidung sei, müsse die Aufhebung auch Eheauflösung zur Folge haben. Doch hier liegt ein Trugschluß vor. Es wird überall als selbstverständlich hingenommen, daß Auflösung der Ehe die Hauptwirkung der Scheidung sei. Die Gegenüberstellung von Scheidung und Auflösung ist in diesem Falle aber völlig verfehlt. Die Auflösung der Ehe ist gar keine Wirkung der Scheidung im Sinne des § 1586. Scheidung ist doch geradezu gleichbedeutend mit Auflösung. Wie durch Tod und Eheschließung nach Todeserklärung, so wird auch durch die Scheidung die Ehe aufgelöst. Scheidung bedeutet die Beendigung des durch die Eheschließung begründeten Rechtsverhältnisses durch Urteil. § 1440 des Entwurfs sagte das sogar ganz klar: „Die Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Gatten kann ... nur durch richterliches Urteil erfolgen (Scheidung)." Der jetzige § 1564 ist nur eine Zeitbestimmung für das Inkrafttreten der eigentlichen Wirkungen. Ist demnach die Scheidung nur eine Art Eheauflösung, so kann man die Auflösung nicht als Scheidungswirkung bezeichnen, vor allem nicht zu den Wirkungen des § 1586 zählen. Dieses geht auch schon daraus hervor, daß die Bestimmung des § 1564 gar nicht unter den gesondert zusammengefaßten eigentlichen Scheidungswirkungen zu finden ist, sondern bereits am Kopfe des von der Scheidung der Ehe handelnden Titels steht[31]). Das scheinbare Argument des klaren Wortlauts erweist sich also bei näherem Hinsehen als ein Trugbild.

§ 1353 Abs. 1 muß ebenfalls für die gegnerische Ansicht herhalten: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet." Diese Pflicht sei die Hauptpflicht der Gatten, und das Gesetz erachte ihre dauernde Nichterfüllung für so wichtig, daß es dieselbe sogar zu einem Scheidungsgrund gemacht habe. Deshalb sei es eine große Inkonsequenz, wenn § 1586 trotz fehlender Lebensgemeinschaft die Ehe weiterbestehen lassen wolle[32]). Es wird hier übersehen, daß schon § 1353 Abs. 2 eine solche „Inkonsequenz" begeht. Danach wird unter bestimmten Voraussetzungen die Verweigerung der Lebensgemeinschaft gebilligt, und doch wird niemand behaupten können, daß deshalb die Ehe nicht mehr bestände.

Es ist sogar die Behauptung aufgestellt worden, die Vorgeschichte des Instituts beweise die Richtigkeit der Auflösungstheorie[33]). Aus den Verhandlungen ergebe sich, daß den kirchlichen Bestimmungen kein Einfluß auf den rechtlichen Charakter der Ehe eingeräumt werden

---

[31]) Th. Olshausen S. 150.
[32]) Behr S. 24.
[33]) Behr S. 14.

sollte. Deshalb müsse die Aufhebung als eine Scheidung mit Eheverbot aufgefaßt werden. Es ist richtig, daß bis zum Schluß der Verhandlungen die Tendenz herrschte, aus genanntem Grunde alle katholischen Forderungen abzulehnen. Aber, da die Anträge schließlich doch angenommen wurden, ergibt sich eben, daß die Opposition überstimmt wurde, und deswegen kann ihre ablehnende Ansicht auch nicht durchgedrungen sein.

Ferner soll § 639 ZPO. für die Feststellung, die Aufhebung bewirke Auflösung, von „eminenter Bedeutung" sein[34]). Nach dieser Vorschrift ist die Aufhebung der Scheidung prozessual vollkommen gleichgestellt. Der Scheidungsprozeß zeigt aber, da er zur Auflösung der Ehe führt, ganz besondere Schwierigkeiten. Da nun nach § 639 ZPO. der Aufhebungsprozeß genau so erschwert ist, zwinge dieses zu dem Schlusse, daß auch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe auflösen müsse. Ganz abgesehen davon, daß § 639 rein prozessualen Charakter trägt und er schon aus diesem Grunde für die Lösung der Streitfrage wertlos ist, mußte doch den Aufhebungsprozeß die gleiche Erschwerung treffen wie die Scheidung, weil nach § 1576 nach Aufhebung die getrennten Gatten jederzeit nur auf Grund des Aufhebungsurteils Scheidung verlangen können. Hätte man das Aufhebungsverfahren einfacher gestaltet, wäre ja die Möglichkeit gegeben, auf diesem Umwege leichter zur Scheidung zu gelangen.

Es kann also zusammenfassend nur behauptet werden, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft das Rechtsverhältnis der Ehe bestehen läßt. Bevor nun auf die Kernfrage nach dem Umfang der Wirkungen eingegangen wird, soll nach der Klärung der Lage die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft mit der kirchlichen separatio verglichen werden. Denn es muß vorher die Frage beantwortet sein, ob noch eine so große Verwandtschaft zwischen den beiden Instituten herrscht, daß man die Wirkungen der separatio, wenn auch eingeschränkt oder erweitert, auf den Zustand nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft übertragen kann.

§ 6.

Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft im Vergleich mit der separatio perpetua.

Fest steht, daß die Trennung von Tisch und Bett das Vorbild der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gewesen ist. Die Katholiken haben zuerst gefordert, die Trennung von Tisch und Bett ins Gesetzbuch

---

[34]) Behr S. 23.

aufzunehmen. Aber sie haben ihre Forderung immer mehr einschränken müssen, und das, was endlich ins Gesetz aufgenommen wurde, ist nur noch ein Kompromiß der Ansicht von der Lösbarkeit der Ehe mit dem katholischen Dogma von der Unauflösbarkeit. Die separatio war seinerzeit eingeführt worden, um die Theorie von der Unauflöslichkeit mit den wirklichen Zuständen des Lebens in Einklang bringen zu können; die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft wurde geschaffen, um eine Übereinstimmung des staatlichen Rechts mit der Ansicht eines großen Teils des Volkes, die Ehe sei unlösbar, herbeizuführen. Auf der Berücksichtigung dieses katholischen Dogmas beruht die unverkennbare Ähnlichkeit der beiden Gebilde. Aber daraus, daß zwei Gebilde die gleiche Grundlage und eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen, darf man doch nicht herleiten, daß es sich im wesentlichen um dasselbe handelt, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur die veränderte separatio perpetua sei[35]), daß die beiden Rechtsgebilde sich nur durch den verschiedenen Namen unterscheiden. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß durch die Schaffung der betreffenden Gesetzesparagraphen ein gänzlich neues Rechtsgebilde geschaffen wird. Alles, was im Gesetz über die Aufhebung gesagt wird, bezieht sich auf die sonst darin angeführten Rechtsgebilde und Rechtsfolgen, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, so wie sie heute besteht, steht und fällt mit dem Familienrecht des BGB. Ferner kann man auch deshalb die beiden Institute nicht mehr als dasselbe ansehen, weil zumindest ebensoviel Abweichungen von der separatio wie Ähnlichkeiten mit ihr vorliegen. Einmal hat nach Aufhebung kein Ehegatte mehr einen Anspruch auf die eheliche Gemeinschaft, während nach der separatio dieser Anspruch nur dem schuldigen Teil versagt war. Auch das später zu besprechende Recht jedes Gatten nach § 1576, jederzeit Umwandlung des Aufhebungsurteils in Scheidung zu verlangen, ist eine Neuigkeit. Auf dem Standpunkt, daß Aufhebung und Trennung von Tisch und Bett nicht identisch sind, steht auch der bereits erwähnte Art. 17 EG.z.BGB. Demnach kann auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eines Ausländers nur erkannt werden, wenn nach dem Heimatsrecht des Ausländers Scheidung zulässig ist[36]). Wäre die Aufhebung nur eine umgeänderte Trennung von Tisch und Bett, dann müßte doch auch auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dann erkannt werden, wenn nach dem Heimatsrecht des betreffenden Ausländers Trennung von Tisch und Bett zulässig ist. Wenn aber die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft etwas ganz anderes als die separatio perpetua ist, dann darf auch in

---

[35]) Rauch S. 40.
[36]) Vgl. RGZ. 55 S. 345.

keiner Weise bei der Besprechung der Wirkungen der Aufhebung auf jenes kirchliche Gebilde zurückgegriffen werden.

§ 7.

Die Wirkungen gemäß § 1586 im allgemeinen.

Nach § 1586 treten „die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen ein. Die Eingehung einer neuen Ehe ist jedoch ausgeschlossen. Die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe finden Anwendung, wie wenn das Urteil nicht ergangen wäre". Außer den beiden letztgenannten Ausnahmen sollen demnach „die" Scheidungswirkungen eintreten. Wie dies zu verstehen ist und wie weit der Umfang dieser Wirkungen zu fassen ist, darüber herrscht wiederum lebhafter Streit.

Während bei denjenigen, die der von uns vertretenen Auffassung vom Bestehenbleiben der Ehe folgen, in keiner Weise Übereinstimmung herrscht, bietet für die Vertreter der Auflösungstheorien die Streitfrage allerdings keine besonderen Schwierigkeiten. Es treten nach ihrer Ansicht, da mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe aufgelöst wird, mit Ausnahme der besonders angeführten Bestimmungen des § 1586 mit der Aufhebung in jeder Weise dieselben Wirkungen ein, wie wenn die Ehe geschieden worden wäre. Daß dabei unbefriedigende Ergebnisse mit in Kauf genommen werden müssen, könne bei dem klaren Wortlaut des § 1586 an der Auffassung nichts ändern. Richtig ist, daß man auch trotz Bestehenbleibens der Ehe dem Wortlaut des § 1586 Satz 1 insoweit folgen muß, daß man daran festhalten muß, daß die Aufhebung wenigstens grundsätzlich alle Wirkungen der Ehe beende. Es geht nicht an, vom richtigen Standpunkt ausgehend, daß durch Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe nicht aufgelöst wird, mit der Aufhebung nur die unmittelbaren „spezifischen" Scheidungswirkungen eintreten zu lassen, nicht aber diejenigen Rechtswirkungen, die sich an die Auflösung der Ehe als solche knüpfen, die also grundsätzlich auch nach den beiden anderen Eheauflösungsarten eintreten[37]). Denn, wie bereits festgestellt wurde, sind Scheidung und Auflösung überhaupt keine Gegensätze. Auch die spezifischen Scheidungswirkungen sind Auflösungswirkungen. Es kann auch eine Wirkung deshalb nicht weniger eine „mit der Scheidung verbundene" sein, weil sie auch noch in anderen Fällen eintritt[38]).

---

[37]) Staudinger § 1586 Bem. III A.
[38]) Endemann § 188, 3b Bem. 28.

Der Grundsatz des § 1586 erstreckt sich auch auf alle Rechtsgebiete. Es ist kein gesetzlicher oder logischer Grund zu entdecken, diese Vorschrift nur auf das Gebiet des Privatrechts und gar nur des BGB. anzuwenden[39]).

Doch es ist nicht richtig, mit der herrschenden Meinung kurz und bündig vom Wortlaut des § 1586 auszugehen und nur die beiden besonders angeführten Ausnahmen zu berücksichtigen und im übrigen trotz Fortbestehen der Ehe alle Ehewirkungen als fortgefallen zu betrachten. Vielmehr wird es nicht zu vermeiden sein, aus der Tatsache, daß die Ehe noch weiterbesteht, gewisse Folgerungen zu ziehen, die Abweichungen von dem aus § 1586 sich ergebenden Grundsatz unvermeidbar machen. Es ist doch von vornherein wahrscheinlich, daß das Eintreten von Scheidungswirkungen, die für eine aufgelöste Ehe berechnet sind, mit dem Bestehenbleiben der Ehe nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu Konflikten führen muß, mit anderen Worten, daß ein Eintreten aller Scheidungswirkungen auf die nicht aufgelöste Ehe nicht passen wird[40]). Es erscheint allerdings sehr schwierig, hier eine befriedigende Grenze zu finden.

Zunächst ist festzustellen, daß infolge des erwiesenen Scheidungsgrundes die eheliche Lebensgemeinschaft aufgelöst ist. Es werden also die Vorschriften, die nur in der bestehenden Lebensgemeinschaft ihren Grund haben, anwendbar sein müssen, aber es darf nicht übersehen werden, daß wir die Ehe auch vom Standpunkt der Sitte aus betrachten müssen. Gewiß ist die Ehe ein Rechtsverhältnis und keine durch die Sittlichkeit geschaffene Einrichtung, die nur rechtliche Anerkennung gefunden hat. Aber es kann nicht bestritten werden, daß dieses Rechtsverhältnis nach der heute bei uns herrschenden sittlichen Auffassung über das Zusammenleben der Geschlechter geregelt ist. Diese Sittenordnung steht deutlich über unserem Familienrecht, und mit dieser Sittenordnung muß der Zustand nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ebenfalls in Einklang stehen, wenn wir annehmen, daß dieser Zustand noch eine Ehe ist. Wir dürfen nicht dem Wortlaut einer Gesetzesvorschrift zuliebe, zumal einer, die überstürzt ins Gesetzbuch aufgenommen wurde, und an deren Tragweite die Gesetzgeber höchstwahrscheinlich gar nicht gedacht haben, unsere festbegründeten Anschauungen über den sittlichen Charakter der Ehe über Bord werfen.

Zu überlegen ist es auch, ob man aus dem Grunde Ausnahmen vom Eintritt der Scheidungswirkungen zulassen soll, weil eventuell dadurch die allerdings im Gegensatz zur geschiedenen Ehe leichtere Möglichkeit

---

[39]) So Planck Bem. 2aE zu § 1586; Th. Olshausen S. 156.
[40]) Dernburg § 31 V 2 Bem. 8.

der Wiedervereinigung (§ 1587) vereitelt werden könnte und unser Eherecht doch die Tendenz aufweist, die Ehe wenn irgend möglich zu erhalten[41]). Doch, wenn nach Anerkennung des Scheidungsgrundes die Lebensgemeinschaft beseitigt ist, ist nicht zu erkennen, weshalb der Staat eine solche Ehe noch erhalten sollte. Schon daß nach § 1576 die Ehegatten jederzeit gänzliche Scheidung verlangen können, zeigt, daß es in diesem Falle dem Gesetz ganz gleichgültig ist, ob die eheliche Gemeinschaft aufgehoben, oder die Ehe geschieden ist; der Staat gibt mit dem Aufhebungsurteil zu, daß er keine Macht mehr hat, die Ehe zu erhalten. Wir können demnach aus diesem Grunde § 1586 nicht einschränken.

Wenn man so vorgeht, grundsätzlich also vom Wortlaut des § 1586 und der zerstörten Lebensgemeinschaft ausgeht, andererseits aber auch die Tatsache, daß die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ein selbständiges Rechtsgebilde ist, und daß unsere Sittenordnung in bezug auf die Ehe nicht erschüttert werden darf, nicht übersieht, so wird man sicher zu befriedigenden Ergebnissen kommen. Der Behauptung, daß das hier angeschnittene Problem nicht ohne Willkür zu lösen sei, soll dadurch begegnet werden, daß bei jeder Ausnahme von § 1586 eine entsprechende Begründung angeführt werden wird.

§ 8.

Die eintretenden Scheidungswirkungen.

Nach dem Wortlaut des § 1586 ist es unzweifelhaft, daß mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft alle diejenigen Rechtswirkungen eintreten, die das Gesetz als spezifische gerade und nur mit der Scheidung verknüpft. Die Frau behält den Namen des Mannes, darf aber ihren vorehelichen Namen wieder annehmen; ist sie für den allein schuldigen Teil erklärt, kann ihr der Mann die Beibehaltung seines Namens verbieten (§ 1577)[42]). Beide Ehegatten sind untereinander und den gemeinschaftlichen Kindern gegenüber zur Unterhaltsgewährung ebenso wie nach erfolgter Scheidung verpflichtet (§§ 1578—1583, 1585). Die dem allein für schuldig Erklärten gemachten Schenkungen können widerrufen werden. Vollkommen abwegig ist die Auffassung[43]), auch diese spezifischen Scheidungswirkungen seien erst dann gegeben, wenn gemäß § 1576 die vollständige Scheidung ausgesprochen ist; sie ist durchaus willkürlich

---

[41]) So Zweig S. 33.
[42]) Vgl. H. Lehmann § 27 V S. 178.
[43]) Süßheim a. a. O. S. 582 bei der Behandlung des Namensrechts.

und muß auf einem groben Irrtum beruhen. Zu den spezifischen Scheidungswirkungen gehört ferner die Vorschrift des § 1478, wonach die Ehegatten im Falle der Alleinschuld dem anderen Teil den Wert desjenigen zurückerstatten müssen, was dieser in die Gütergemeinschaft eingebracht hat[44]). Als unmittelbare Scheidungswirkungen finden auch die folgenden Bestimmungen nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Anwendung: nach § 1608 Abs. 2 haftet der Ehegatte dem anderen Ehegatten bei Bedürftigkeit vor den sonst unterhaltspflichtigen Verwandten; nach § 1609 Abs. 2 geht ein unterhaltsbedürftiger Ehegatte den volljährigen Kindern und den übrigen Verwandten vor. Auch steht die Sorge für die Kinder einer auf Grund der §§ 1565—1568 aufgehobenen Ehe dem allein für schuldig erklärten Ehegatten zu. Im Falle beiderseitiger Schuld trägt die Sorge für die über sechs Jahre alten Söhne der Vater (§ 1635). Ebenfalls muß § 1636, der den Verkehr der Eltern mit den Kindern regelt, auch nach Aufhebung Anwendung finden.

Es müssen prinzipiell auch diejenigen Ehewirkungen mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft beendet werden, die nach der Eheschließung der mit ihr begründeten Lebensgemeinschaft eingetreten sind. § 1353 verliert seine Bedeutung, die Gatten sind einander nicht mehr zur Lebensgemeinschaft verpflichtet. Aus diesem Grunde steht auch dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten nicht mehr zu (§ 1354), und es endigt Recht und Pflicht der Ehefrau, den Hausstand zu leiten und nötigenfalls im Geschäft des Mannes zu arbeiten (§ 1356). Ebenfalls verliert die Frau die Schlüsselgewalt nach § 1357. Der Mann hat kein Kündigungsrecht, wenn die Frau sich Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat (§ 1558). Die Haftung der Ehegatten beschränkt sich nicht mehr auf diligentia quam in suis (§ 1359); auch die Eigentumsvermutung des § 1362 zugunsten der Gläubiger des Mannes fällt fort. Das Güterrechtsverhältnis, das vor der Aufhebung bestand, wird beendet, die beiden Vermögensmassen werden getrennt. Die Vorschrift des § 1587, wonach Gütertrennung bei Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft eintritt, steht dem nicht im Wege. Damit soll nur gesagt werden, daß bei Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht der alte Güterstand wieder auflebt, obwohl sonst wieder alle Ehewirkungen Platz greifen; nicht ist damit gemeint, daß bis zum Augenblick der Wiederherstellung der alte Güterstand bestehen bleibt. Diese Auffassung würde zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, daß in dem Moment, in dem das eheliche

---

[44]) And. Ans. Staudinger § 1586 Bem., weil er nach Aufhebung den Güterstand bestehen lassen will.

Leben in seinem innigen Charakter wieder beginnt, Gütertrennung eintritt, während zur Zeit, wo die Ehegatten ehefremd voneinander leben, z. B. der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes besteht. Deshalb hat auch beim gesetzlichen Güterrecht der Mann das eingebrachte Gut der Frau herauszugeben und ihr über die Vermögensverwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1420). Beim allgemeinen Güterstand, bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft muß Auseinandersetzung stattfinden (§§ 1497, 1546, 1549). Wird die eheliche Gemeinschaft einer Minderjährigen aufgehoben, so tritt die elterliche Fürsorge, die nach § 1633 während der normalen Ehe auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten beschränkt war, wieder voll in Kraft gemäß § 1631. Ein Vormund kann sein Mündel bei einem Rechtsgeschäft oder Rechtsstreit zwischen seinem gemäß § 1575 getrennten Ehegatten einerseits und seinem Mündel andererseits wieder vertreten (§ 1795, I Ziff. 1, 3). Es braucht nicht gemäß § 1909 ein besonderer Pfleger bestellt zu werden. Die Frau hat nicht mehr denselben Wohnsitz des Mannes (§ 10), sie kann einen eigenen Wohnsitz begründen[45]); die nach § 204 eintretende Hemmung der Verjährung zwischen Ehegatten fällt mit Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft weg. Die Mutter erlangt nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die elterliche Gewalt über ihre minderjährigen ehelichen Kinder, wenn der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat (§ 1684 Abs. 2). Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, und erscheint es nicht aussichtsreich, daß der Grund des Ruhens wegfällt, so hat nach § 1685 Abs. 2 das Vormundschaftsgericht der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen; damit erlangt die Mutter auch die Nutznießung am Vermögen des Kindes. Nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bedarf der Mann nicht mehr der Einwilligung der Frau, wenn er eine Annahme an Kindes Statt beabsichtigt, auch kann nach Aufhebung kein Kind mehr als gemeinschaftliches angenommen werden (§§ 1749, 1757 Abs. 2).

Auch im Erbrecht hat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dieselben Wirkungen wie die Scheidung[46]). Das gesetzliche Erbrecht der Ehegatten untereinander, das Recht auf den Voraus und das Pflichtteilsrecht werden durch die Aufhebung beseitigt, ja nach § 1933 verliert der überlebende Ehegatte sein Erbrecht sowie das Recht auf den Voraus, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens seines Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben

[45]) Vgl. RG. 59/337.
[46]) H. Lehmann § 27 V S. 178.

hatte. Eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, ist nach § 2077 unwirksam, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, es sei denn, daß der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen hat. Ein gemeinschaftliches Testament können die Gatten nach Aufhebung nicht mehr errichten, trotzdem sie noch Ehegatten sind, § 2265 also zuzutreffen scheint. Die Ehegatten werden nämlich gemäß § 1586 grundsätzlich so behandelt, als wenn sie geschieden wären. Einen Erbvertrag können die getrennten Gatten nur noch in der Form des § 2276 Abs. 1, nicht mehr in der einfacheren Form des Ehevertrags schließen, auch können sie einen bestehenden Erbvertrag nicht mehr durch ein gemeinschaftliches Testament, sondern nur wieder durch Vertrag aufheben (§§ 2275, 2292).

Für die ZPO. hat § 1586 ebenfalls gewisse Bedeutung. Wie bereits erwähnt, besagt § 693 ZPO., daß für das Verfahren in Ehesachen unter Scheidung auch die Aufhebung zu verstehen ist. Aber auch über das Verfahren in Ehesachen hinaus sind die Wirkungen der Aufhebung nach denen der Scheidung zu bemessen. In den §§ 850 Abs. 4 und 861 Abs. 1 Satz 2 sind unter dem Ausdruck „früherer Ehegatte" auch Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu verstehen[47]). Nach § 646 ZPO. fällt das Antragsrecht des Ehegatten im Entmündigungsverfahren fort.

Im Konkursrecht sind die Scheidungswirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ebenfalls beachtlich. Die entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten bzw. die im vorletzten Jahre vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten des anderen Ehegatten können nicht mehr angefochten werden (§ 31 KO.). Der Aussonderungsanspruch der Ehefrau nach § 45 KO. gilt nicht für die Ehefrau in aufgehobener ehelicher Gemeinschaft und nicht mehr für die Gegenstände, die zu einer Zeit erworben sind, als zwischen dem Gemeinschuldner und seiner Frau die eheliche Gemeinschaft aufgehoben war. Bei der Mehrheitsberechnung beim Zwangsvergleich bleibt der Ehegatte nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr außer Betracht, wenn er dem Vergleich zugestimmt hat (§ 183 KO.).

Die Scheidungswirkungen der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erstrecken sich auch auf das Strafrecht. Die Ehegatten sind nach erfolgter Aufhebung in ihrem Verhältnis zueinander nicht mehr als Angehörige im Sinne des § 52 Abs. 2 anzusehen[48]). Die subjektiven

---

[47]) Stein-Jonas II S. 732.

[48]) Vgl. §§ 54, 213, 232 Abs. 2, 257 Abs. 2, 3, 258 Abs. 4, 263 Abs. 4, 292 Abs. 2 u. 303 Abs. 4 StGB.

Strafausschließungsgründe bei Diebstahl und Unterschlagung (§ 247) und Mundraub (§ 370) unter Ehegatten treffen nach Aufhebung nicht mehr zu. Wenn die Ehefrau beleidigt worden ist, so hat, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, der Ehemann nicht mehr das Recht, gemäß § 195 Strafantrag zu stellen, denn auch dieses Recht steht und fällt mit der ehelichen Lebensgemeinschaft. Der Gatte kann nach Aufhebung an der von ihm getrennten Frau ein Sittlichkeitsverbrechen und Notzucht begehen, weil er kein Recht mehr auf die Gestattung der ehelichen Beiwohnung hat. Die schärferen Strafvorschriften bei Verkuppelung der Frau und bei Zuhälterei dieser gegenüber gelten nicht mehr nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Ist die Ehe wegen Ehebruchs aufgehoben, kann der Schuldige nach § 172 bestraft werden[49]).

Auch im Strafprozeß ist der Ehemann, dessen eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, nicht mehr als Ehegatte im Sinne des Gesetzes anzusehen. Ihm steht dann genau so wie dem geschiedenen Mann das Recht nicht mehr zu, als Beistand der Frau in der Hauptverhandlung zugelassen zu werden (§ 149 StPO.), ein Rechtsmittel kann er für die Frau nicht selbständig einlegen (§ 298 StPO.), ebensowenig kann er nach dem Tode der Frau den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens stellen (§ 361 StPO.) oder die von ihr erhobene Privatklage wegen Verleumdung fortsetzen (§ 393 StPO.).

§ 9.

Ausnahmen von den Scheidungswirkungen:

I. Die durch das Bestehenbleiben der Ehe bedingten Ausnahmen.

Es soll nun in folgendem gezeigt werden, wie weit wir nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft dem Bestehenbleiben der Ehe auch hinsichtlich der Wirkungen Zugeständnisse machen und den Grundsatz aus § 1586 verlassen müssen. Zu behandeln ist zunächst die heftig umkämpfte Pflicht zur ehelichen Treue, die m. E. durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht aufhören darf. Die Pflicht zur Lebensgemeinschaft und damit zur Geschlechtsgemeinschaft wird allerdings durch die Aufhebung beendet. Aber damit ist noch nicht gesagt, daß die Gegenseite dazu, die Treupflicht, auch zu Ende ist. Unsere heutige Sittenordnung erkennt von allen Geschlechtsverbindungen nur die streng

---

[49]) Anwendbarkeit des § 172 wegen Ehebruchs nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft siehe S. 35.

ausschließliche der Ehe an. Jede Verletzung dieser Ausschließlichkeit ist unsittlich und mit der Auffassung von der Ehe unvereinbar. Auf Grund dieser unserer Sittenordnung erkennt auch das Recht nur die monogamische Geschlechtsgemeinschaft als rechtmäßig an und hat aus diesem Grunde das Verbot der Doppelehe ausgesprochen, so daß nie jemand mit mehreren Personen zu gleicher Zeit in gültiger Ehe verbunden sein kann, und hat auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, da die Ehe bestehen bleibt, eine neue gültige Geschlechtsgemeinschaft verboten. Insoweit erkennt also das Gesetz die Sittenordnung an. Vollführt jemand, dessen eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, mit einer dritten Person Geschlechtsverkehr, so ist das, da die Ehe noch besteht, nach der Sittenordnung im höchsten Grade unsittlich. Es beginge also das Gesetz eine große Unsittlichkeit, wenn es nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft keine eheliche Treue mehr verlangte, es würde also von seinem Grundsatz, die Sittenordnung anzuerkennen, ungeheuer abweichen[50]). Es ist aber kein Grund vorhanden anzunehmen, daß dies der Wille des Gesetzgebers ist. Die fast überall vertretene Ansicht, eine eheliche Treupflicht käme nach Aufhebung nicht mehr in Frage, weil sie nach Aufhören der Lebensgemeinschaft den Ehegatten nicht mehr zugemutet werden kann, unterschätzt wieder die Grundlage des Instituts. Für die Katholiken bedeutet die Aufhebung ein Kompromiß mit ihrem Dogma von der Unlösbarkeit der Ehe. Die Katholiken haben sich nach ausgesprochener Aufhebung aber trotzdem so zu verhalten, als wenn die kirchliche separatio perpetua ausgesprochen wäre. Für die Trennung von Tisch und Bett gilt der Grundsatz des Fortbestehens der ehelichen Treupflicht unbedingt. Glaubt nun jemand sich über diese von der Kirche vorgeschriebene Treupflicht hinwegsetzen zu können, dann tut er seinem Gewissen auch keinen Zwang an, wenn er Scheidung verlangt. Daraus geht klar hervor, daß von einer Nichtzumutbarkeit keine Rede sein kann. Es muß also konstatiert werden, daß außerehelicher Geschlechtsverkehr auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Ehebruch ist.

Besteht aber die eheliche Treupflicht noch, so ist die weitere Konsequenz, daß auch die Strafvorschriften, die die eheliche Treue überwachen, Anwendung finden müssen. Allerdings wird der § 172 StGB. praktisch kaum in Frage kommen. § 172 StGB. setzt einmal einen Ehebruch voraus und zum andern, daß aus diesem Grunde die Ehe geschieden worden ist. Eine aufgehobene Ehe kann nur auf Grund des Aufhebungsurteils geschieden werden, andere Gründe können nicht vorgebracht werden[51]). Es kann also die Ehe auf Grund eines Ehe-

[50]) Rauch S. 46.
[51]) Siehe S. 41.

bruchs während der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft scheinbar nicht geschieden werden. Doch in einem Fall kann die Frage trotzdem praktisch werden, nämlich wenn die aufgehobene eheliche Gemeinschaft inzwischen wiederhergestellt wird und der betrogene Ehegatte von dem Ehebruch des andern erst nach der Wiederherstellung erfährt, in der Wiederherstellung also keine Verzeihung des Ehebruchs erblickt werden kann. Sind dann die betreffenden Fristen noch nicht abgelaufen und wird auf Scheidung erkannt, liegt m. E. einer Anwendung des § 172 StGB. nichts im Wege[52]).

Als weitere Ausnahme von dem Eintritt der Scheidungswirkungen muß ferner gelten, daß auch die später als 302 Tage nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geborenen Kinder nicht unehelich sind. Die meisten Schriftsteller[53]) lehnen diese Behauptung allerdings mit der üblichen Begründung ab, das Gesetz hätte für diesen Fall sonst eine ausdrückliche Erwähnung treffen müssen. Die von uns vertretene Ansicht läßt sich aber dennoch begründen. Zunächst scheint es als ein Widerspruch, wenn aus einer Ehe nur uneheliche Kinder hervorgehen. Die Ehe ist die einzige rechtlich anerkannte Geschlechtsgemeinschaft, und es ist widerspruchsvoll, wenn Kindern, die aus dieser anerkannten Geschlechtsgemeinschaft hervorgehen, die rechtliche Anerkennung versagt wird. Selbstverständlich muß natürliche Verwandtschaft vorliegen. Nach § 1501 ist ein Kind nur dann ehelich, wenn es nach Eingehung der Ehe geboren wird und der Mann der Frau während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Liegt letztere Voraussetzung vor, muß auch das nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geborene Kind ehelich sein. Etwas anderes ist mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar[54]). Außerdem darf nicht übersehen werden, daß das BGB. und noch mehr die heutige Rechtstendenz die unehelichen Kinder den ehelichen möglichst anzugleichen sucht. Wenn ein Kind in der Ehe geboren wird, und sei es noch so kurze Zeit nach der Eheschließung, dieses Kind gilt zunächst als eheliches, und nun soll sogar ein in einer Ehe geborenes und erzeugtes Kind unehelich sein? Große Schwierigkeiten bereitet der Lösung des Problems die für eine gewöhnliche Ehe bestehende Vermutung des § 1591, daß der Ehegatte während der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe. Doch es erscheint undenkbar, daß diese Vermutung auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Geltung haben kann[55]), denn sie knüpft sich lediglich an das Bestehen der Geschlechtsgemeinschaft, wonach es wahrscheinlich

[52]) Anders H. Lehmann § 27 V S. 179.
[53]) Davidson S. 176; Schmidt § 1586 Bem. 3 b E.
[54]) Rauch S. 51.
[55]) Vgl. H. Lehmann § 27 V S. 179.

ist, daß der Mann der Frau beigewohnt hat. Dem steht nicht entgegen, daß bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten die Beiwohnungsvermutung bestehen bleibt. Denn in diesem Fall handelt es sich nur um einen verübergehenden Zustand, während die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ihrem Wesen nach eine dauernde ist. Wenn wir die Analogie der Rechtsstellung des vor der Ehe erzeugten aber in der Ehe geborenen Kindes heranziehen, finden wir auch eine brauchbare Begründung für das Nichtzutreffen der angeführten Vermutung. Hier geht es nicht an, auf Grund der Eheschließung zu vermuten, daß die Ehegatten schon vor der Heirat miteinander Geschlechtsverkehr getrieben haben. Genau so gut darf man auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Beiwohnung nicht vermuten, denn in diesem Fall ist ein geschlechtlicher Verkehr noch viel unwahrscheinlicher. Mit dem Fortfall der Vermutung des § 1791 verlieren auch die Ausschlußfristen für Anfechtung seitens des Mannes (§§ 1593 u. 1594) ihre Bedeutung. Die Verhältnisse liegen demnach, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben worden ist, folgendermaßen: Ein nicht später als 302 Tage nach Aufhebung geborenes Kind ist selbstverständlich ehelich, ein später geborenes Kind ist es dann, wenn der Mann der Frau während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Eine Vermutung, daß er der Frau beigewohnt habe, besteht nicht. Er muß nicht beweisen, daß dieses nicht der Fall gewesen ist. Bei nicht von ihm erzeugten Kindern kann der Mann die Ehelichkeit anfechten, so wie es das BGB. bei den vorehelich erzeugten Kindern ausdrücklich zuläßt. Erkennt der Mann sie jedoch als eigene an, ist eine Anfechtung nicht mehr möglich.

Mit dem Bestehenbleiben der Ehe als eines Rechtsverhältnisses ist noch eine weitere Konsequenz verbunden, die sich als Ausnahme des Grundsatzes nach § 1586 darstellt. Zwischen den Ehegatten kann ein weiteres Rechtsverhältnis nicht bestehen. Adoption der Frau durch den Mann z. B. ist eine Unmöglichkeit.

II. Die ausdrücklich im Gesetz angeführten Ausnahmen.

§ 1586 läßt nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zwei wesentliche Wirkungen der Ehe ausdrücklich fortdauern. Einmal besteht die Vorschrift, daß nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Eingehung einer neuen Ehe ausgeschlossen ist. Für unsere Auffassung handelt es sich hier nicht um eine Besonderheit oder Ausnahme, sondern um ein untrügliches Zeichen für das Bestehenbleiben der Ehe, um eine selbstverständliche Folge daraus. Die trotzdem erfolgte besondere Hervorhebung dieser Bestimmung war erforderlich, um die wegen des vorangehenden Satzes möglichen Zweifel auszuschließen.

Der Inhalt der Vorschrift ist klar. Solange der Aufhebungszustand dauert, darf keiner der getrennten Ehegatten eine neue Ehe eingehen. Damit steht fest, daß mit Beendigung dieses Zustandes durch den Tod oder Scheidung nach § 1576 die Bestimmung ihre Bedeutung verliert. Im übrigen ergänzt § 1586 Abs. 1 Satz 2 die Vorschrift des § 1309, wonach niemand eine neue Ehe eingehen darf, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist. Eine gegen dieses Verbot geschlossene Ehe ist gemäß § 1326 nichtig[56]). „Eine Ehe ist nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebt." Voraussetzung des § 1326 und demnach nötig für Zutreffen des § 1586 Abs. 1 Satz 2 ist eine gültige ursprüngliche Ehe. War also die aufgehobene Ehe nicht gültig, d. h. nichtig[57]), ist die Eingehung einer neuen Ehe natürlich erlaubt. Bis zur Nichtigkeitserklärung besteht aber das aufschiebende Ehehindernis des § 1309 Abs. 2, wonach eine neue Ehe nicht vor der Nichtigkeitserklärung erfolgen soll. Eine dennoch eingegangene Ehe ist aber gültig. Wird jemand für tot erklärt, dessen eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, finden die §§ 1348 ff. entsprechende Anwendung. Schließt der andere Ehegatte eine neue Ehe, wird damit die alte Ehe aufgelöst. Kehrt der für tot erklärte Gatte zurück, können die Ehegatten der neuen Ehe diese nach § 1350 anfechten. Nach erfolgter Anfechtung wird die alte Ehe aber noch nicht vollkommen wiederhergestellt, sondern es tritt genau derselbe Zustand ein wie nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Es kann deshalb der merkwürdige Fall eintreten, daß der Anfechtende nun doppelt unterhaltspflichtig wird: dem Gatten aus der ersten Ehe in Gemäßheit des Aufhebungsurteils, das ihn allein für schuldig erklärt hat (§§ 1578 ff.) und dem Ehegatten der angefochtenen Ehe gemäß § 1851, wenn der anfechtende bösgläubig, der andere aber gutgläubig war.

Ferner finden nach § 1586 Abs. 2 die Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe Anwendung, wie wenn das Aufhebungsurteil nicht ergangen wäre. Die ausdrückliche Hervorhebung dieser Bestimmung erklärt sich aus demselben Grunde wie die des Wiederverheiratungsverbots, nämlich um Zweifel, die infolge des dehnbaren Begriffs Scheidungswirkungen leicht eintreten können, von vornherein auszuschließen.

Inhaltlich bedeutet die Vorschrift einmal, daß die Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe auch nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ihre Kraft nicht verlieren. Es kann also Nichtigkeitsklage er-

---

[56]) Vgl. S. 20.
[57]) Staudinger § 1326 Bem. 1.

hoben werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 1324—1328 gegeben sind, also einmal wenn Verletzung der im § 1307 vorgeschriebenen Eheschließungsform vorliegt (§ 1324). Doch gilt in diesem Fall nach § 1324 II eine Ausnahme, wenn die Ehe ins Heiratsregister eingetragen ist und die Gatten nach der Eheschließung 10 Jahre oder, falls einer früher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre als Ehegatten miteinander gelebt haben. Diese Frist läuft auch, wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist[58]). Denn die Tatsache, daß die Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr „als Ehegatten miteinander" leben, kommt für diesen Fall nicht in Frage. Denn betreffs der Nichtigkeitsvorschriften ist die aufgehobene Ehe so zu behandeln, wie wenn das Aufhebungsurteil nicht ergangen wäre. Auch wenn bei der Eheschließung ein Mangel der Geschäftsfähigkeit oder der normalen Willensfreiheit (§ 1325) vorgelegen hat, ist die Ehe nichtig.

Eine Bestätigung der Eheschließung nach Wegfall der Geschäftsunfähigkeit oder Geistesstörung ist auch nach Aufhebung möglich, und zwar bedarf die Bestätigung nicht der Eheschließungsform. Ferner sind Doppelehen (§ 1326) und Blutschande Nichtigkeitsgründe. Auch eine Ehe zwischen Ehebrechern ist nichtig (§ 1328 Abs. 1), wenn nicht Befreiung von dem Verbot des § 1312 erteilt ist, die nachträglich erfolgen kann (§ 1328 Abs. 2).

Auch Anfechtung kann auf Grund der allgemeinen Anfechtungsgründe erfolgen, also wenn bei der Eheschließung nur beschränkte Geschäftsfähigkeit vorlag oder die Eheschließung im Fall des § 1325 bestätigt worden ist (§ 1331); ferner wenn ein Irrtum darüber vorgelegen hat, daß es sich um eine Eheschließung gehandelt hat, oder jemand die Erklärung, eine Ehe eingehen zu wollen, gar nicht abgeben wollte, oder wenn sich ein Gatte in der Person oder über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat. Täuschung und Drohung sind ebenfalls Anfechtungsgründe (§§ 1334 u. 1335).

Weiter kann die Nichtigkeit nur durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (§ 1329), allerdings nur soweit es sich um eine zerfallende Ehe[59]) handelt. Haben wir es dagegen mit einer nach § 1317 formell nichtigen Ehe zu tun, die nicht einmal ins Heiratsregister eingetragen ist, bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit keiner Klage. Anfechtung muß durch Anfechtungsklage erfolgen. Für die Geltendmachung dieser Klage finden die Bestimmungen über die Ausübung durch Vertreter (§ 1336), Verlust des Anfechtungsrechts durch

---

[58]) K. L. Mayer S. 69.
[59]) Vgl. Henle a. a. O. S. 5.

Genehmigung (§ 1337), durch Auflösung der Ehe (1338) und durch Zeitablauf (§ 1339) Anwendung. Nach § 1342 kann auch angefochten werden, wenn der Nichtanfechtungsberechtigte bereits gestorben ist.

Mit Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils wird die Ehe rückwirkend nichtig. Die Nichtigkeit ist stärker als alle Wirkungen, die die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hervorgebracht hat, und wird durch den inzwischen vorhanden gewesenen Zustand der Aufhebung in keiner Weise beeinträchtigt.

Nach § 1345 ist der betreffs des Nichtigkeitsgrundes bösgläubige Ehegatte nach ausgesprochener Nichtigkeit dem anderen unterhaltspflichtig. Hier kann nun, wenn vorher die eheliche Gemeinschaft aufgehoben wurde, folgender sonderbare Fall eintreten: Es sei angenommen, daß der im Aufhebungsurteil wegen Ehebruch als allein schuldiger Teil bezeichnete Ehegatte die Nichtigkeit nicht gekannt hat, der andere aber bösgläubig war. Erhebt nun der gutgläubige Teil Nichtigkeitsklage und dringt er damit durch, so wird der nach dem Aufhebungsurteil unschuldige Gatte dem anderen alimentationspflichtig, während die Unterhaltspflicht des ehebrecherischen Ehegatten aufhört. Es wiegt also hier die Bösgläubigkeit bei der Eheschließung sehr viel schwerer als die ungeheuere Verfehlung des Ehebruchs. Es ist nun unternommen worden, diese Härte durch einschränkende Auslegung des § 1586 II zu beseitigen. Es wird behauptet[60]), diese Bestimmung lasse nur eine Anfechtung des Restbandes zu, lasse aber die Auflösungswirkungen, die bereits eingetreten sind, unberührt. Doch diese Einschränkung entbehrt der gesetzlichen Grundlage, denn die Nichtigkeitsvorschriften finden Anwendung, wie wenn das Aufhebungsurteil nicht ergangen wäre. Mit der Nichtigkeitserklärung ist das ganze Aufhebungsurteil und mit ihm der dolus des für schuldig erklärten Gatten als nicht mehr existierend zu betrachten. Auch die Tatsache, daß im Falle nichtiger Ehe Geschlechtsverkehr mit einem Dritten objektiv ja gar kein Ehebruch ist[61]), kann daran nichts ändern. Es bleibt nichts übrig, als die Unzulänglichkeit des Gesetzes bedauernd festzustellen[62]).

§ 10.

Die Scheidungsmöglichkeit nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

Wie bereits häufiger erwähnt, gibt § 1576 dem Ehegatten nach Aufhebung der ehemaligen Gemeinschaft die Möglichkeit, auf Grund

[60]) Seckel S. 25.
[61]) Töpfer S. 40.
[62]) Schmidt § 1586 Bem. 5.

des Aufhebungsurteils Scheidung zu verlangen. Diese Bestimmung entspricht dem Grundgedanken des § 1575. Es soll die Aufhebung nur solange dauern, als beide Ehegatten damit einverstanden sind.

Die materielle Seite dieses Umwandlungsrechts erbringt keine besonderen Schwierigkeiten. Voraussetzung des Umwandlungsrechts ist das Vorliegen eines rechtskräftigen Aufhebungsurteils. Hinzukommen muß natürlich, daß der dadurch hervorgerufene Zustand noch besteht. Aus diesem Grunde läßt § 1576 als einzigen sachlichen Einwand den zu, daß inzwischen Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erfolgt sei. Selbstverständlich kann Scheidung dann nicht mehr verlangt werden, wenn der Ehegatte inzwischen gestorben oder Wiederverheiratung nach vorangegangener Todeserklärung erfolgt ist, denn dann ist die Ehe bereits aufgelöst, kann also nicht mehr durch Scheidung aufgelöst werden. Aus der Tatsache, daß das Aufhebungsurteil einziger Klagegrund ist und daraus, daß als sachlicher Einwand nur die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft vorgebracht werden kann, geht hervor, daß das Scheidungsbegehren nicht mit irgendwelchen Scheidungsgründen gestützt werden kann. Auch die Schuldfrage kann, da § 1576 II den § 1574 ausschließt, nicht noch einmal besonders erörtert werden. Es ist vollkommen belanglos, wenn sich inzwischen herausgestellt hat, daß denjenigen Ehegatten, der nach Maßgabe des Aufhebungsurteils schuldlos war, in Wirklichkeit ein viel schwereres Verschulden traf als den für allein schuldig erklärten Gatten; der Richter hat sich trotzdem nur an das Aufhebungsurteil zu halten, und die Schuldigerklärung kann und muß nur auf Grund und nach Maßgabe des Aufhebungsurteils erfolgen[63]). Aus § 1576 II geht auch hervor, daß die Schuldigerklärung ausdrücklich im Urteilstenor enthalten sein muß, eine Bezugnahme auf das Aufhebungsurteil kann nicht für genügend erachtet werden.

Jeder Ehegatte kann den Umwandlungsantrag stellen, ganz gleich, ob er im Aufhebungsprozeß Kläger oder Beklagter war, ob er im Aufhebungsurteil für schuldig erklärt worden ist oder nicht. Die Geltendmachung des Antrags ist an keine Frist gebunden, § 1576 Abs. 2 schließt auch die Anwendung des § 1571 aus. Aus demselben Grunde kann das Recht auf Umwandlung in Scheidung nicht durch Verzeihung (§ 1570) ausgeschlossen werden. Auch Verjährung des Umwandlungsrechts kommt nicht in Frage, denn es liegt hier kein Anspruch gemäß § 194 vor[64]). Der einzige Grund, der das Umwandlungsrecht zum Erlöschen bringt, ist die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft. In der Wiederherstellung wird allerdings meistens eine Verzeihung liegen; aber

[63]) Schmidt § 1576 Bem. 4c.
[64]) Schmidt § 1576 Bem. 4b.

Verzeihung ist nicht gleichbedeutend mit Wiederherstellung. Die Verzeihung ist nur einseitig, der Ehegatte, dem verziehen wird, bleibt vollkommen passiv. Dagegen ist die Wiederherstellung ein zweiseitiger Akt, beide Ehegatten werden tätig[65]).

Da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft demnach nur dann fortdauert, wenn keiner der Ehegatten von seinem Umwandlungsrecht Gebrauch macht, kann man die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch als eine bedingte Scheidung ansprechen[66]). Die Aufhebung ist resolutiv bedingt dadurch, daß keiner der Ehegatten den Umwandlungsantrag stellt. Seine Geltendmachung führt ohne weiteres zur Scheidung und beseitigt auch die letzten Ehewirkungen. Das Scheidungsurteil hat aber Wirkung ex nunc. Vom Augenblick der Rechtskraft an ist die Ehe aufgelöst.

Über das Verfahren, in dem über den Scheidungsantrag entschieden werden soll, sind besondere Bestimmungen nicht ergangen. § 1576 verlangt ein „Beantragen". Bestritten ist, ob dieser Antrag zu einem neuen selbständigen Scheidungsprozeß führt, oder ob nur ein Anhangsverfahren stattfindet, welches nur das mit dem Aufhebungsurteil abgeschlossene Verfahren ergänzt. Aus der Vorgeschichte des § 1576, die die letztere Ansicht als Beweismittel für ihre Auffassung anführt, ergibt sich nichts sicheres. Es wurde allerdings in der Reichstagskommission der Wunsch geäußert[67]), das Umwandlungsverfahren einer besonderen Regelung zu unterwerfen. Aber nachdem Bedenken vorgebracht wurden, weil es sich um eine Frage des Prozeßrechts handele, wollte man die endgültige Gestaltung der ZPO. überlassen. Diese Anregung ist aber beim Zustandekommen der Zivilprozeßnovelle nicht beachtet worden. Da nun aber der bei der Lesung der II. Kommission vorgeschlagene § 1445 b lautete: „Ist auf dauernde Aufhebung der häuslichen und ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder der Ehegatten, wenn nicht Wiederaufnahme des ehelichen Lebens stattgefunden hat, auf Grund des Urteils im Wege einer neuen Klage Scheidung verlangen," während die heutige Fassung nur von einem Antrag spricht, wird gefolgert[68]), es sei trotzdem keine neue Klage notwendig. Doch diese Auffassung ist angesichts der prozessualen Vorschriften unhaltbar. Einmal benutzt die ZPO. auch an anderer Stelle das Wort beantragen, so im § 620 Abs. 1, obwohl hier nur eine Klage gemeint sein kann. Ferner ist es von Bedeutung, daß der Aufhebungsprozeß durch ein Endurteil, das Aufhebungsurteil, end-

---

[65]) K. L. Mayer S. 79.
[66]) RGZ. Bd. 48 S. 145.
[67]) RTK. S. 216 (Staudinger Bem. 1a zu § 1576).
[68]) Davidson S. 82 ff.

gültig abgeschlossen ist[69]). Eine Fortsetzung im gedachten Sinne ist ausgeschlossen. Zwar ist es richtig, daß das Scheidungsverlangen gemäß § 1576 materiell überhaupt keine Scheidungsklage ist, bilden doch die Grundlage des Verfahrens nicht die üblichen Ehescheidungsgründe, sondern nur das Aufhebungsurteil. Für die vorliegende Streitfrage ist das jedoch ohne Bedeutung. Im Zivilprozeß ist jeder durch Klage begonnene und durch Urteil beendete Prozeß gleichwertig. Auch der Verweis auf die Möglichkeit der Fortsetzung nach Teilurteilen hilft der gegnerischen Ansicht nicht. Diese Fälle haben mit der Streitfrage nichts zu tun. Bei ihnen wird nur der bereits geltend gemachte rechtshängige Anspruch durch verschiedene Teilurteile abgetan. Dagegen tritt nach Rechtskraft des Aufhebungsurteils ein neuer Anspruch auf, wenn er auch materiell nur eine Ergänzung zu der bereits entschiedenen Rechtslage bildet[70]).

Wenn es auch einleuchtend ist, daß ein einfacheres Verfahren hierbei praktischer und angebrachter wäre als der schwerfällige Scheidungsprozeß, so muß doch daran festgehalten werden, daß wir keinen Anhaltspunkt haben, um das sich materiell als Ergänzung darstellende Verfahren auch prozessual so zu behandeln. Die auf Grund des Aufhebungsurteils mögliche Klage ist vielmehr nur eine gewöhnliche Scheidungsklage, eine Art Judikatsklage, deren Klaggrund das Aufhebungsurteil und deren Gegenstand die Umwandlung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in Scheidung der Ehe bildet[71]). Es haben demnach grundsätzlich sämtliche Bestimmungen über das Verfahren in Ehesachen Anwendung zu finden, soweit nicht aus dem materiellen Recht das Gegenteil zu folgern ist; es bestimmt sich die Zuständigkeit des Gerichts nach § 606 ZPO. Ein Sühneversuch braucht nur dann nicht stattzufinden, wenn die Gründe des § 611 vorliegen, insbesondere die Erfolglosigkeit mit Bestimmtheit vorauszusehen ist. Es wirkt die Staatsanwaltschaft mit (§ 607), es herrscht Inquisitionsmaxime gemäß § 622[71]). Unanwendbar sind dagegen die Bestimmungen der §§ 614, 616, 620, 623 u. 624, weil sie mit der Natur der Klage im Widerspruch stehen[72]). Die häufig erklärte Unanwendbarkeit des § 615[73]) halte ich nicht für richtig. Ausgeschlossen ist seine Anwendbarkeit nur, soweit er sich nicht mit § 1576 Abs. 2 Halbsatz 2 verträgt[74]). Zugelassen werden muß er insbesondere dann, wenn gegenüber der Umwandlungs-

---

[69]) Staudinger Bem. 1a zu § 1576.
[70]) Leske a. a. O. § 202 S. 821.
[71]) Schmidt § 1576 Bem. 3a.
[72]) Staudinger Bem. 3d; Schmidt Bem. 3b zu § 1576.
[73]) Staudinger Bem. 3dβ zu § 1576; Schmidt Bem. 3b.
[74]) Kuttner a. a. O. S. 75ff.

klage der Einwand der nachträglichen Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft erhoben wird und demgemäß gleichzeitig im Wege der Widerklage die Herstellung des ehelichen Lebens verlangt wird.

Zweifelhaft ist die Frage, wer die Kosten des Umwandlungsverfahrens zu tragen hat. Da uns keine besonderen Vorschriften zur Verfügung stehen, wird nichts anderes übrigbleiben, als den Beklagten gemäß § 91 zur Tragung der Kosten zu verurteilen[75]), da er ja im Regelfall der Unterliegende ist. Es sind im Schrifttum verschiedene und wie man unbedingt zugeben muß, gerechtere Vorschläge gemacht worden[76]), die die Kostentragung nach der Schuldfrage regeln wollen, aber leider finden diese im Gesetze keine Stütze. Ein Abstellen auf die Schuldigerklärung im Urteil kann deshalb nicht erfolgen. Die Unbilligkeit, daß meistens der Beklagte nur deshalb zum Zahlen der Kosten verurteilt wird, weil ihm der Kläger mit der Klagerhebung zuvorgekommen ist, läßt sich de lege lata nicht vermeiden.

Wie wir gesehen haben, ist als einziger sachlicher Einwand gegen das Umwandlungsverlangen die Geltendmachung der erfolgten Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zugelassen. Es fragt sich, wer hierfür den Beweis erbringen muß, und ob sie besonders von den Parteien vorgebracht oder von Amts wegen berücksichtigt werden muß. § 1576 stellt als Regel die Zulassung der Scheidung auf, „es sei denn, daß nach Erlassung des Urteils die eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt worden ist". Aus dieser Ausdrucksweise ist zu entnehmen, daß nicht der Kläger zu beweisen hat, daß inzwischen keine Wiederherstellung erfolgt ist, sondern derjenige beweispflichtig ist, der sich auf die Wiederherstellung beruft[77]). Die Reichstagskommission bezeichnete seinerzeit die Wiederherstellung einfach als Einrede. Doch diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Eine Einrede gründet sich nur auf ein Gegenrecht, die Erfüllung des Anspruchs zu verweigern; auf dieses Recht kann wirksam verzichtet werden. Hier hat aber die Tatsache der Wiederherstellung den Anspruch auf Scheidung wieder aufgehoben (nach § 1587 fallen mit der Wiederherstellung die Aufhebungswirkungen fort). Wir haben es also mit einer Einwendung zu tun, und diese muß vom Gericht berücksichtigt werden, auch wenn sie nicht besonders vorgebracht wird. Da außerdem Offizialmaxime herrscht, kann das Gericht auch ex officio Beweis darüber anordnen[78]).

---

[75]) Staudinger Bem. 4 zu § 1576.
[76]) Davidson, ZZP. Bd. 26 S. 87; Hochschild, JW. 1909 S. 385.
[77]) Schmidt Bem. 2d § 1586.
[78]) Stein-Jonas § 622 A. II.

D. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.

§ 11.

Das Wesen der Wiederherstellung.

Bei der letzten Frage haben wir uns bereits mit der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft beschäftigt. Ihre rechtlich anerkannte Zulässigkeit ist eine recht besondere Abweichung von den Scheidungsfolgen. § 1587 sagt: „Wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wiederhergestellt, so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und es tritt Gütertrennung ein." Es werden auch hier nur die Wirkungen der Wiederherstellung erwähnt; jedoch was man unter Wiederherstellung zu verstehen hat, darüber wird weder in § 1587 selbst noch an anderer Stelle des Gesetzes etwas gesagt. Das Wesen der Wiederherstellung ist wieder einmal durch Interpretation festzustellen. Es bestehen 3 Möglichkeiten, wann man die Wiederherstellung als erfolgt ansehen will: 1. Man kann annehmen, daß eine tatsächliche Wiederherstellung genügt. 2. Man kann fordern, daß zu diesem tatsächlichen Vorgang noch die Willenseinigung hinzukommen muß. 3. Man kann von der tatsächlichen Wiederherstellung vollkommen Abstand nehmen und nur die Einigung der Parteien für genügend erachten.

Soviel kann man aber m. E. aus dem Wortlaut des § 1587 entnehmen, daß der Eintritt in eine „Gemeinschaft" gefordert werden muß[1]). Wann und unter welchen Verhältnissen wir von einer solchen Gemeinschaft sprechen können, darüber lassen sich allgemeine Regeln nicht aufstellen. Es muß hier unter Zugrundelegen der normalen Lebensanschauung von Fall zu Fall entschieden werden[2]). Dieser objektive Tatbestand wird meistens durch Beischlafvollziehung oder Wohnungnehmen des einen beim anderen erfüllt sein. Doch der tatsächliche Vorgang als solcher erfüllt den Tatbestand der Wiederherstellung noch nicht. So ist im bloßen Geschlechtsverkehr zwischen den Ehegatten noch keine Wiederherstellung zu erblicken, z. B. wenn nach Aufhebung die Frau zur Dirne geworden ist und der Mann mit ihr als einer Dirne den Beischlaf vollzieht[3]). Auch die Erneuerung der häuslichen Gemeinschaft braucht allein noch keine Wiederherstellung zu sein. Wenn

[1]) And. Ans. Kühne S. 38; K. L. Mayer S. 96; Rauch S. 58. Diese sehen schon die bloße Erklärung als genügend an.
[2]) Töpfer S. 41.
[3]) K. L. Mayer S. 97.

die Frau den kranken Mann pflegen will oder ans Krankenbett der Kinder eilt und aus diesem Grunde mit dem getrennten Mann unter einem Dache wohnt, so liegt darin noch keine Wiederherstellung. Aus diesen Beispielen ersieht man, daß noch etwas hinzukommen muß. Die Ehegatten müssen sich darüber einig sein, daß sie die Lebensgemeinschaft wiederherstellen wollen. Wie sie diesen Willen erklären, ist durchaus gleichgültig. Es kann sowohl ausdrücklich wie stillschweigend geschehen. Die konkludente Handlung wird sogar die Regel sein. Schon ein Kuß und eine Umarmung können genügen. Der Wille muß sich auf Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft richten; ob die Ehegatten die Gemeinschaft als eine eheliche wollen, ist belanglos. Denn es darf nicht vergessen werden, daß sie immer noch Ehegatten sind und eine Lebensgemeinschaft unter Ehegatten ist selbstverständlich immer eine eheliche. Wenn sie also im Konkubinat zusammenleben und weiterleben wollen und ausdrücklich erklären, keine Ehe zu wollen, so ist dieses Nichtwollen der Ehe unbeachtlich. Die Wiederherstellung ist erfolgt und die Ehe ist wieder voll wirksam, m. a. W. eine Wiederherstellung liegt dann vor, wenn die Ehegatten in der Absicht, die Lebensgemeinschaft dauernd wiederaufzunehmen, sich wiedervereinigt haben. Wenn aber ein tatsächlicher Vorgang nicht genügt, sondern zum Eintritt der Wirkungen des § 1587 übereinstimmende Willenserklärungen notwendig sind, ergibt sich, daß die Wiederherstellung ihrer rechtlichen Natur nach ein Vertrag sein muß, und zwar ein familienrechtlicher Vertrag, ähnlich wie die Eheschließung. Da er meistens durch Willensbetätigung und nicht durch bloße Willenserklärung zustande kommt, kann man ihn auch als Naturalgeschäft bezeichnen[4]). Es ist aber falsch, die Wiederherstellung nur als einen tatsächlichen Vorgang[5]), an den das Gesetz bestimmte Folgen knüpft, oder als Rechtshandlung[6]), auf die die Vorschriften für Rechtsgeschäfte, soweit sie passen, Anwendung finden sollen, zu betrachten.

Da die Wiederherstellung Vertrag ist, finden grundsätzlich alle im allgemeinen für Verträge geltenden Vorschriften Anwendung, soweit sich nicht aus seinem familienrechtlichen Charakter Einschränkungen und Abweichungen ergeben. So müssen die §§ 104, 105, 106 und 116 ff. für anwendbar gehalten werden, dagegen nicht §§ 164 ff., denn wegen des höchstpersönlichen Charakters der Wiederherstellung ist Stellvertretung ausgeschlossen. Einer besonderen Form wie die der Eheschließung bedarf es nicht. Allerdings ist gemäß § 55 RPStG. auf An-

[4]) Seckel S. 33.
[5]) Behr S. 42; Friedberg § 158 Anm. 55; Haasen S. 60.
[6]) Planck § 1587 Bem. 1.

trag die Wiederherstellung am Rande des Heiratsregisters zu vermerken. Aber rechtlich ist dieses belanglos. Der Antrag in der Reichstagskommission[7]), die Wiederherstellung erst nach diesem Vermerk anzuerkennen, wurde ausdrücklich abgelehnt.

§ 12.

Die Wirkungen der Wiederherstellung.

Für die Wirkungen der Wiederherstellung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1587 eine klare Dreiteilung. Einmal gerät durch die Wiederherstellung Bestehendes in Wegfall, sodann gelangt Fortgefallenes von neuem zur Entstehung und drittens nie Entstandenes zum erstmaligen Entstehen.

Was die erstgenannten Wirkungen anlangt, so sagt das Gesetz: „Die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen fallen weg." Aus diesem Wortlaut muß entnommen werden, daß die genannten Aufhebungswirkungen auch von der Wiederherstellung an wegfallen. Rückwirkende Kraft ist der Wiederherstellung nicht beigelegt. Die Aufhebungswirkungen hören erst im Augenblick der Wiederherstellung auf. Der Zeitraum zwischen Aufhebung und Wiederherstellung wird durch letztere nicht berührt, sondern ist nach wie vor nach Aufhebungsgrundsätzen zu beurteilen. Einmal fallen also die mit der Aufhebung verbundenen Scheidungswirkungen fort; ferner wird mit der Wiederherstellung das Scheidungsrecht aus § 1576 gegenstandslos, und zwar auch dann, wenn die Scheidungsklage bereits zur Zeit der Wiederherstellung anhängig war. Die beiden besonderen Vorschriften des § 1586 bleiben selbstverständlich bestehen, denn sie knüpfen sich ja nicht an die Aufhebung, sondern an das Bestehenbleiben der Ehe; was allerdings die Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften anlangt, so kann in der Wiederherstellung eventuell eine Bestätigung liegen, wenn dem betreffenden Gatten bei Wiederherstellung der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nicht bekannt war.

Weiter treten mit der Wiederherstellung Wirkungen ein, die Weggefallenes von neuem zur Entstehung bringen. Die alte Ehe lebt wieder auf. Die Wiederherstellung ist jedoch, auch wenn sie in mancher Weise der Eheschließung entspricht, kein Eingehen einer neuen Ehe. Es treten demnach nicht nur die Wirkungen ein, die sich gewöhnlich an eine Eheschließung knüpfen, sondern auch alle Wirkungen, wie sie der früheren Ehe entsprachen. Nur eine Ausnahme gilt hier: Nicht der frühere Güterstand tritt ein, sondern Gütertrennung.

---

[7]) RTK. a. a. O. S. 1249.

Dieses ist das Besondere, das gänzlich Neue. Es finden die Vorschriften der §§ 1427—1431 Anwendung. Aus § 1431 Abs. 1 ergibt sich insbesondere, daß die nun eintretende Gütergemeinschaft Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435 wirksam ist, also wenn die Gütertrennung eingetragen oder bekannt ist. Gemäß § 1561 Abs. 2 ist Antrag beider Ehegatten erforderlich, jeder Ehegatte ist dem anderen gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet[8]). Ist die Gütertrennung nicht eingetragen, so gilt der gesetzliche Güterstand, wenn er vorher geherrscht hat, oder der seinerzeit eingetragene. Doch schließt § 1587 nicht aus, daß die Gatten jederzeit ihre Güterrechtsverhältnisse durch Ehevertrag anderweitig regeln können. Der gesetzgeberische Gedanke war hier nur der, daß man zukünftigen Reibereien die Spitze abbrechen wollte. Man hat also schon bei der Gesetzgebung derart mit neuem Ehestreit gerechnet, daß man die allgemeine gesetzliche Regelung in diesem Sinne getroffen hat. Man kann nicht umhin, dieses Vorgehen als reichlich bedenklich anzusehen. Stellen sich nach Wiederherstellung neue Scheidungsgründe heraus, sind beide Ehegatten selbstverständlich befugt, von neuem Scheidung oder gemäß § 1575 Aufhebung zu verlangen. Dies gilt prinzipiell auch dann, wenn die Gründe vor der Wiederherstellung entstanden sind[9]). Etwas anderes gilt nur, wenn der Scheidungsgrund seine Wirkung eingebüßt hat, was regelmäßig dann der Fall sein wird, wenn der unschuldige Ehegatte bei der Wiederherstellung den Grund gekannt hat, denn in diesem Fall ist Verzeihung anzunehmen.

E. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in der Praxis.

§ 13.

Im Verlauf unserer Betrachtungen haben wir feststellen müssen, daß fast jeder Satz der Vorschriften, die die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft regeln, Anlaß zu Streitfragen und Bedenken gegeben hat. Wenn man anfangs erwartet hatte, die Praxis würde allmählich die Streitfragen nach der einen oder anderen Seite hin entscheiden, so hat man sich leider sehr getäuscht. Das Institut der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft hat in keiner Weise die Erwartungen, die man bei seiner Schaffung darauf gesetzt hat, erfüllt, es hat sich nämlich überhaupt nicht eingebürgert. Ob dies an der irrigen Ansicht weiter katho-

[8]) And. Ans.: Davidson S. 180. Nach ihm genügt der Antrag eines Gatten, wenn gleichzeitig das Aufhebungsurteil vorgelegt wird.

[9]) Seckel S. 47; and. Ans. Töpfer S. 44, der in der Wiederherstellung eine Art Generalverzeihung sieht.

lischer Kreise, die Ehescheidung sei kirchlich erlaubt, wenn keine Wiederverheiratung erfolge, oder an einem Laxerwerden der katholischen Strenggläubigkeit liegt, mag dahingestellt bleiben. Die Tatsache jedenfalls, daß durchschnittlich auf 100 katholische Scheidungsurteile kaum ein einziges Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ergeht[1]), läßt die Bedeutungslosigkeit des Instituts klar erkennen. Wir werden uns also damit abfinden müssen, daß die vielen Streitfragen, die sich an die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geknüpft haben, in der Theorie dauernd weiterleben werden, ohne daß die Praxis bestimmten Ansichten durch ihre Anerkennung zum Siege verhelfen wird.

[1]) Vgl. die statistische Darstellung bei Haasen S. 74.